

Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de droit public, science administrative et science politique

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 22 novembre 2011, à 14h

L'INAMOVIBILITE DES MAGISTRATS : UN MODELE ?



Université Panthéon-Assas

Olivier PLUEN

Sous la direction de M. le Professeur Jean MORANGE

Membres du jury :

- M. Jean BARTHELEMY, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
- M. Jean Gicquel, Professeur à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Président du jury
- M. Jean MORANGE, Professeur à l'Université de Limoges, Directeur de Thèse
- Mme Hélène PAULIAT, Professeur à l'Université de Limoges, Rapporteur
- M. Carlos-Miguel PIMENTEL, Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, Rapporteur
- M. Jean-Luc WARSMANN, Député, Président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale



AVERTISSEMENT

L'Université Panthéon-Assas (Paris 2) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur



REMERCIEMENTS

A Alice & Elie



RESUME

En droit français, l'inamovibilité est traditionnellement conçue comme une garantie d'indépendance statutaire attribuée au magistrat du siège de l'ordre judiciaire, afin de le protéger contre le risque d'éviction arbitraire par le Pouvoir politique. Elle est ainsi supposée faire bénéficier le magistrat d'une protection exorbitante par rapport au droit commun de la fonction publique. Déjà considérée comme un « *antique et tutélaire principe* » au milieu du XIX^e siècle, cette garantie a traversé le temps et les régimes politiques, depuis l'époque médiévale jusqu'à aujourd'hui. Erigée en Loi fondamentale du royaume à la veille de la Révolution, elle a été reprise et consacrée par la presque totalité des Constitutions qui se sont succédées depuis 1791. Mais alors qu'elle semble offrir l'image d'un modèle de garantie susceptible d'inspirer le statut d'autres catégories d'agents publics, l'inamovibilité est de manière paradoxale, souvent décrite comme un « *mythe* ». La présente étude se donne dès lors pour objet de lever cette contradiction, en revenant de manière approfondie et comparative sur la condition et la finalité d'une garantie d'éviction, dont la particularité est d'être étroitement liée à la mission régaliennne consistant à rendre la justice.

Descripteurs : éviction arbitraire, impartialité, inamovibilité, indépendance, irrévocabilité, juge, juridiction, justice, magistrat, pouvoir judiciaire, pouvoir politique.

TITLE AND ABSTRACT

The irremovability of judges

In French Law, irremovability is traditionally seen as a statutory guarantee of judicial judges' independence that protects them from being arbitrary evicted by the Political power. Irremovability is then said to be a dispensatory status if compared to public servants' normal one. Defined as an « *ancient and tutelary principle* » at the middle of the 19th Century, this guarantee ran through the ages and the political regimes from medieval times to today. Irremovability of judges was made a Kingdom's fundamental Law just before the Revolution, and almost every constitution adopted since 1791 has made it a constitutionally sanctioned rule. In the meantime, whereas it could have been seen as a template for other civil servants' legal status, irremovability of judges is, paradoxically enough, often described as a « *myth* ». This study's aim is thus to solve this contradiction. It offers an in-depth and comparative analysis of the condition and goal of this legal guarantee against eviction – which distinctive feature is to be closely linked with one of the State's main function: to administer Justice.

Keywords : arbitrary eviction, impartiality, irremovability, independence, irrevocability, judge, magistrate, jurisdiction, justice, judiciary power, political power.

« L'histoire est une science comme la chimie, comme la géologie. Pour être entièrement comprise, elle exige des études approfondies, dont le résultat le plus élevé est de savoir apprécier la différence des temps, des pays, des nations... Aujourd'hui, un homme qui croit aux fantômes, aux sorciers, n'est plus tenu chez nous pour un homme sérieux. Mais autrefois, des hommes éminents ont cru à tout cela, et peut-être, en certains pays, est-il encore possible, de nos jours, d'allier une vraie supériorité à de pareilles erreurs. Les personnes qui ne sont pas arrivées, par des voyages, par de longues lectures ou par une grande pénétration d'esprit, à s'expliquer ces différences, trouvent toujours quelque chose de choquant dans les récits du passé ; car le passé, si héroïque, si grand, si original, n'avait pas, sur certains points forts importants, les mêmes idées que nous. L'histoire complète ne peut reculer devant cette difficulté, même au risque de provoquer les plus graves méprises. La sincérité scientifique ne connaît pas les mensonges prudents. Il n'est pas en ce monde un motif assez fort pour qu'un savant se contraigne dans l'expression de ce qu'il croit être la vérité. Mais, quand une fois on a dit, sans une ombre d'arrière-pensée, ce qu'on croit certain ou probable ou possible, n'est-il pas permis de laisser là les distinctions subtiles pour s'attacher uniquement à l'esprit général des grandes choses, que tous peuvent et doivent comprendre ? N'a-t-on pas le droit d'effacer les dissonances pour ne plus songer qu'à la poésie et à l'édification, qui surabondent en ces vieux récits ? Le chimiste sait que le diamant n'est que du charbon ; il sait les voies par lesquelles la nature opère ces profondes transformations. Est-il obligé pour cela de s'interdire de parler comme le monde et de ne voir dans le beau joyau qu'un simple morceau de carbone ? »

Ersnest Renan
La vie de Jésus
(Préface)
7^{ème} édition
1864
pp. III-IV



PRINCIPALES ABREVIATIONS

| | |
|----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AHJUCAF | Associations des Hautes Juridictions de Cassation des Pays ayant en partage l'Usage du Français |
| AIHJA | Association Internationale des Hautes Juridictions Administratives |
| AJDA | Actualité Juridique du Droit Administratif |
| AJFP | Actualité Juridique Droit Administratif |
| art. | article |
| Ass. | Assemblée |
| CAA | Cour administrative d'appel |
| C.Cass | Cour de cassation |
| CC | Conseil constitutionnel |
| CCJE | Conseil Consultatif de Juges Européens |
| CE | Conseil d'Etat |
| CEDH | Cour Européenne des Droits de l'Homme |
| Concl. | conclusions |
| cons. | considérant |
| CSM | Conseil Supérieur de la Magistrature |
| DPS | Documents Pour Servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 |
| dir. | Sous la direction de |
| DP | Dalloz périodique |
| EDCE | Etudes et Documents du Conseil d'Etat |
| éd. | édition |
| JO | Journal officiel |
| LGDJ | Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence |
| LPA | Les Petites Affiches |
| PUAM | Presses Universitaires d'Aix-Marseille |
| PUF | Presses Universitaires de France |
| RDP | Revue du Droit Public |
| Rec. | Recueil Lebon |
| Req. | Requête |
| RFDA | Revue Française de Droit Administratif |
| RFDC | Revue Française de Droit Constitutionnel |
| RIDC | Revue Internationale de Droit Comparé |
| RRJ | Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif |
| S. | Recueil Sirey |
| sect. | Section |
| TC | Tribunal des Conflits |
| t. | tome |



SOMMAIRE

PARTIE I - LA CONDITION DE L'INAMOVIBILITE : UNE GARANTIE ANCIENNE TRANSFORMEE EN MYTHE

Titre I - La formation historique de l'inamovibilité

Chapitre 1 - Une condition de l'essor d'un pouvoir judiciaire sous l'Ancienne Monarchie

Chapitre 2 - Une victime du rejet d'un pouvoir judiciaire depuis la Révolution française

Titre II - La consécration contemporaine de l'inamovibilité

Chapitre 1 - Une garantie supralégislative juridictionnellement assurée

Chapitre 2 - Une garantie statutaire au contenu imprécis

PARTIE II - LA FONCTION DE L'INAMOVIBILITE : UNE GARANTIE DE L'IMPARTIALITE DU MAGISTRAT

Titre I - Une garantie concurrencée dans son approche statique

Chapitre 1 - L'inamovibilité concurrencée en tant que protection personnelle

Chapitre 2 - L'inamovibilité concurrencée en tant que protection fonctionnelle

Titre II - Une garantie dynamique au service de l'impartialité

Chapitre 1 - Une garantie du magistrat impartial face au pouvoir politique

Chapitre 2 - Une garantie du magistrat impartial face au titulaire de l'emploi

INTRODUCTION GENERALE

« Dans l'exercice de son nouveau rôle, le pouvoir judiciaire moderne doit revenir à la source des forces à laquelle il s'est abreuvé au cours des siècles – son indépendance institutionnelle et l'indépendance de chacun de ses membres. C'est cette indépendance, assortie de l'intégrité et l'engagement à servir la société en rendant des décisions impartiales, qui a fait du pouvoir judiciaire l'importante institution qu'il est et qui le préservera à l'avenir [...] A cette fin, il nous faut éviter de transformer le processus de nomination en ce qu'il ne devrait justement pas être, c'est-à-dire un forum politique. Mais la nomination de personnes compétentes, indépendantes et irréprochablement intègres comme juges n'est que le premier défi à relever. Le deuxième consiste à assurer l'impartialité des juges après leur accession à la magistrature. A cette fin, nous devons nous concentrer sur l'inamovibilité des juges, sur leur juste rémunération...De récents événements survenus dans des pays dotés de systèmes politiques moins stables viennent souligner que nous ne pouvons tenir de tels éléments pour acquis. En fait, c'est en quelque sorte un luxe que de se préoccuper de l'inamovibilité et de la juste rémunération des juges. Dans bon nombre de pays, les juges doivent se soucier de leur sécurité physique et de celle de leurs familles. Et pourtant, nous ne pouvons souligner exagérément la nécessité de ce luxe apparent. Les juges dont la subsistance dépend des bonnes grâces des pouvoirs exécutif ou législatif ou de groupes d'intérêts particuliers ne sont pas impartiaux et ne donnent certainement pas l'impression de l'être. »

B. McLachlin
Juge en chef du Canada
Le rôle des juges dans la société moderne
The Fourth Worldwide Common Law Judiciary Conference
Vancouver, Colombie-Britannique
5 mai 2001

1. Les 7 et 8 novembre 2007, à Dakar, l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), se réunissait dans le cadre de son deuxième congrès consacré à *L'indépendance de la justice*. A cette occasion, les cours suprêmes de quarante-six Etats d'Europe¹,

¹ Albanie, Andorre, Belgique, Bulgarie, France, Hongrie, Macédoine, Moldavie, Monaco, Pologne, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, et Suisse.

d'Amérique centrale et du nord², d'Afrique et du Moyen-Orient³, et d'Asie du sud-est⁴, ainsi que deux juridictions internationales⁵, étaient invitées à répondre à un questionnaire sur ce thème. Or, chargé de dresser le bilan des réponses apportées à la question de la définition de cette indépendance, le Conseiller Gabor Szeplaki-Nagy⁶ s'est substantiellement référé à celle proposée par la représentation française : « *La réponse de la France à cette question* (, méritait d'être citée) : « *Les garanties d'indépendance du juge, principe non défini, sont en droit français, dominée(s) par le principe d'inamovibilité des juges du siège* » »⁷. Ce faisant, à l'aube du troisième millénaire, l'inamovibilité des magistrats du siège apparaît clairement érigée au rang de garantie de référence, en vue d'assurer l'indépendance des juges officiant dans les pays membres de l'Association.

Cette permanence de l'inamovibilité se retrouve également au plan interne. Un certain consensus paraît exister au sein de la classe politique française, en faveur du maintien de cette garantie. En ce sens, les programmes politiques présentés par les divers candidats à l'élection présidentielle de 2007, ont été assez révélateurs. Alors que la justice judiciaire avait souffert, une année auparavant, de la médiatisation de l'affaire dite d'« *Outreau* », le débat sur la responsabilité des magistrats qui s'est ensuivie, ne semble pas avoir eu de répercussion sur la manière dont les prétendants à la « magistrature suprême », ont appréhendé l'inamovibilité dans leur projet. Ils sont le plus souvent demeurés silencieux, se contentant d'affirmer leur attachement à l'indépendance des magistrats⁸. La candidate représentant le Parti communiste s'est

² Le Canada et Haïti.

³ Bénin, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Cap-Vert, Comores, Congo, République démocratique du Congo, Côte d'Ivoire, Egypte, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Liban, Madagascar, Mali, Maroc, Maurice, Mauritanie, Niger, Rwanda, Sao Tomé et Principe, Sénégal, Tchad, Togo et Tunisie.

⁴ Vanuatu, Cambodge, et Vietnam.

⁵ La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), et la Cour de justice de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CJ-CEMAC).

⁶ Conseiller référendaire à la Cour suprême de Hongrie, directeur de cabinet de la présidence.

⁷ AHJUCAF, *L'indépendance de la justice*, Actes du deuxième congrès de Dakar des 7 et 8 novembre 2007, www.ahjucaf.org, Question n° 5. Les mots mis entre parenthèses, ont pour objet de remédier à des erreurs dans l'usage de la langue française.

⁸ F. Bayrou, *La France de toutes nos forces*, www.bayrou.fr, p. 15 ; N. Sarkozy, *L'abécédaire des propositions de Nicolas Sarkozy*, www.u-m-p.org/propositions, p. 73 ; S. Royal, *Le pacte présidentiel*, www.parti-socialiste.fr, p. 12.

toutefois démarquée en mentionnant expressément cette garantie⁹. L'intérêt de ce scrutin ne s'est toutefois pas limité à un débat sur le choix d'un projet de société. Effectivement, à côté de ce socle traditionnel, s'est instaurée une discussion sur l'avenir du régime politique de la France, et plus précisément sur la question de la réformation ou du dépassement de la V^{ème} République. Dans ce contexte, plusieurs projets dont la portée juridique est inégale, ont fleuri. L'inamovibilité des magistrats du siège, a trouvé sa place dans chacun d'eux. Il en est allé notamment ainsi du document de travail¹⁰ élaboré par le Parti communiste en 2005. La Convention pour la 6^e République (C6R), dont les travaux ont influencé la candidate du Parti socialiste, a quant à elle franchi une étape supplémentaire en proposant, la même année, un véritable projet de Constitution¹¹ dont l'article 87 réaffirmait l'inamovibilité. De même, l'UDF a présenté, le 4 octobre 2006, un projet de Constitution de la VI^{ème} République¹² mentionnant cette garantie dans un article 39. Enfin, conformément à la demande du Président de la République élu en 2007, le Gouvernement a déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, dès le 23 avril 2008, un projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^{ème} République¹³, n'emportant aucune modification des dispositions actuelles relatives à l'inamovibilité. La révision constitutionnelle effectivement intervenue le 23 juillet suivant, n'a en cela rien changé.

A . La définition de l'inamovibilité

2. Les Pouvoirs publics semblent ainsi montrer un fort attachement à l'inamovibilité. Mais en quoi consiste-t-elle ? Son appréhension suppose de s'interroger successivement sur ce qu'elle n'est pas, puis sur la manière dont elle est définie par la doctrine française.

⁹ M.-G. Buffet, *Quatre engagements pour une politique de gauche qui change vraiment la vie*, www.pcf.fr, p. 23.

¹⁰ Parti communiste, *Une VIe République solidaire et démocratique*, www.pcf.fr, novembre 2005, p. 12.

¹¹ Projet de Constitution de la 6^e République du C6R, présenté par Arnaud Montebourg (député) et Bastien François (professeur), *La Constitution de la 6^e République*, Odile Jacob, 2005, www.c6r.org. La proposition formulée par la candidate du parti socialiste, le 19 mars 2007, d'instituer une VIe République, est consécutive à la transmission par Jean-Pierre Bel (sénateur), le 8 février 2007, d'un rapport intitulé : « *Pour une nouvelle République* ».

¹² www.6eme-republique.com.

¹³ Projet de loi constitutionnelle n° 820 du 23 avril 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, devenu la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

1°) Les concepts distincts

3. L'appréhension négative de l'inamovibilité apparaît d'autant plus nécessaire, que certains de ses aspects s'entrecroisent avec d'autres concepts. Ces derniers ne se confondent toutefois pas avec elle, et bénéficient d'une existence autonome. Il convient de s'intéresser successivement aux concepts en rapport avec la nature, puis l'exercice des fonctions.

4. Concernant la nature des fonctions, les concepts relatifs à la stabilité de leur titulaire supposent d'être examinés prioritairement. Aux antipodes de l'inamovibilité, se situe l'amovibilité, terme issu du latin *amovere*, correspondant aux mots « éloigner » ou « déplacer ». Le Professeur Cornu, définit le fonctionnaire amovible comme celui : « qui peut être déplacé, changé d'emploi, dans l'intérêt du service et en dehors de toute sanction disciplinaire, par décision discrétionnaire d'un supérieur hiérarchique »¹⁴. Dans le prolongement de cette première distinction, l'inamovibilité doit être séparée des concepts de révocabilité et d'irrévocabilité. En effet, le tandem qu'elle forme avec l'amovibilité, est souvent assimilé en pratique à ceux-ci. Le mot « révocable » trouve sa source dans le terme latin *revocabilis*, qui s'entend de ce « qui peut être rappelé, renvoyé à son point de départ »¹⁵. Appliqué à une fonction, il signifie que celui qui l'attribue peut revenir sur sa décision¹⁶, et que celui qui la reçoit peut en être destitué¹⁷. L'antonyme de cette notion permet de clarifier la distinction entre la révocabilité et l'amovibilité. L'irrévocabilité est le « caractère de ce qui n'est pas susceptible de révocation unilatérale »¹⁸, de sorte que la cessation d'une fonction est subordonnée à un acte de volonté de son titulaire. Ainsi, il existe une double différence entre le tandem formé par l'amovibilité et l'inamovibilité et le couple constitué par la révocabilité et l'irrévocabilité. D'une part, l'objet du premier est plus large que celui du second, dans la mesure où il couvre aussi bien le déplacement que la destitution. D'autre part, alors que la distinction entre l'amovibilité et l'inamovibilité est liée aux modalités d'exercice d'une compétence, l'opposition entre la révocabilité et l'irrévocabilité repose sur l'existence même de cette dernière. La question de l'admission ou du rejet de l'arbitraire prédomine dans la première hypothèse, tandis que dans la seconde, c'est le principe de la révocation qui est en cause.

¹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 7^e éd., 2005, p. 54.

¹⁵ Centre national de ressources textuelles et lexicales, www.cnrtl.fr.

¹⁶ F. Gaffiot, *Dictionnaire illustré latin-français*, Hachette, Paris, 1934, p. 1360.

¹⁷ Centre national de ressources textuelles et lexicales, www.cnrtl.fr.

¹⁸ G. Cornu, *op. cit.*, 7^e éd., 2005, p. 517.

L'inamovibilité ne se confond pas non plus avec une conception patrimoniale des fonctions. Pourtant, comme le souligne le Professeur Cornu, cette dénomination est appliquée en pratique : « à la situation des titulaires d'offices publics (notaires) ou ministériels (avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, huissiers de justice) en raison du caractère vénal de l'office ainsi que du droit pour son titulaire de le conserver sa vie durant et de le transmettre à clause de mort ou de le céder de son vivant »¹⁹. Cet état, qualifié improprement d'inamovible, résulte en réalité de la vénalité et de l'hérédité dont bénéficient certaines charges et emplois. Or, la vénalité qui conditionne l'hérédité, se dit en propre des seuls offices « qui s'achètent à prix d'argent »²⁰. L'inamovibilité se dit aussi, dans le langage usuel, de fonctions qui, sans être vénales, n'en sont pas moins viagères. Cet amalgame s'est trouvé renforcé sous la III^{ème} République, avec l'inscription dans la Loi constitutionnelle du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat, d'une disposition prévoyant que : « Les sénateurs élus par l'Assemblée sont inamovibles »²¹. Or, quand bien même ces parlementaires auraient été effectivement inamovibles, ils exerçaient principalement une « magistrature viagère »²². D'ailleurs, il convient de souligner que sous le régime « honni » du Second Empire, la distinction entre les deux concepts était clairement opérée, l'article 21 de la Constitution du 14 janvier 1852 disposant que : « Les sénateurs sont inamovibles et à vie ».

5. Concernant l'exercice des fonctions, celui-ci entraîne certaines conséquences destinées à protéger aussi bien ces dernières que la personne de leur titulaire. Il s'agit des immunités, de l'inviolabilité et de l'irresponsabilité. L'une des particularités communes à ces garanties est de bénéficier, en tout ou partie, au Président de la République et aux membres du Parlement. Dans le cadre d'une étude touchant à la théorie des pouvoirs, et dès lors susceptible d'évoquer l'idée d'un « pouvoir judiciaire », il semble approprié de tracer le contour de ces concepts. Cela apparaît d'autant plus nécessaire, ainsi que le révéleront les développements

¹⁹ G. Cornu, *op. cit.*, 7e éd., 2005, p. 441.

²⁰ Dictionnaire de l'Académie française, 8^e éd., 1932-5.

²¹ Article 7. Cette disposition a été déclassée par l'article 3 de la loi du 14 août 1884, portant révision partielle des Lois constitutionnelles. La loi du 9 décembre 1884 a supprimé pour l'avenir, l'institution des sénateurs à vie, celle-ci disparaissant progressivement, au fur et à mesure du décès de ces derniers. Emile de Macère, décédé en avril 1918, fut le dernier. Mentionné par J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, Domat Droit public, Paris, 21^e éd., 2007, p. 449.

²² J. Sclafér, *Du mode de recrutement du Sénat français sous la Troisième République*, éd. A. Rousseau, Paris, 1903, p. 23 ; P. Lavigne, *Les personnes inamovibles dans les services publics français*, in *Mélanges Robert-Edouard Charlier*, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 161.

ultérieurs, que l'inamovibilité est volontiers assimilée à ceux-ci dans les travaux qui lui sont consacrés.

Au contraire de la responsabilité qui désigne « *l'obligation de répondre de ses actions..., d'être garant de quelque chose* »²³, l'irresponsabilité en exempte celui qui en bénéficie. Elle se caractérise par la suppression de l'élément moral, voire de l'élément légal, « *dans l'accomplissement d'un fait politique, civil ou pénal susceptible d'être imputé au titulaire* »²⁴ d'une fonction. Les députés et les sénateurs bénéficient ainsi, en vertu de l'article 26 alinéa 1^{er} de la Constitution²⁵, d'une irresponsabilité civile et pénale pour les « *opinions ou votes émis par (eux) dans l'exercice de (leurs) fonctions* ». A l'égard de tels actes, l'élément légal est supprimé, de sorte qu'ils ne peuvent être qualifiés juridiquement de manquements²⁶. En revanche, si les parlementaires jouissent aussi d'une irresponsabilité politique découlant de l'interdiction du mandat impératif, celle-ci repose sur la suppression de l'élément moral, dans la mesure où la responsabilité politique échappe au principe de légalité des infractions. Le chef de l'Etat est, en application de l'article 67 alinéa 1^{er} de la Constitution²⁷, irresponsable sur tous les plans, concernant les actes accomplis pour l'exercice de ses fonctions. Cette irresponsabilité repose ici encore, sur la suppression de l'élément moral de l'infraction, dans la mesure où ces actes peuvent lui être imputés, s'ils sont requalifiés d'actes incompatibles avec l'exercice du mandat.

A la différence de l'irresponsabilité qui vise à protéger l'indépendance de la fonction, l'inviolabilité s'attache essentiellement à la préserver des entraves susceptibles d'être apportées à son exercice²⁸. Pour reprendre la définition proposée par le Professeur Ségur, l'individu bénéficiant de cette garantie ne peut : « *en raison de la charge qu'il occupe, ... faire l'objet de poursuites... devant les tribunaux ordinaires pendant* » la durée « *de ses fonctions ou, du moins, ces poursuites seront-elles assorties de garanties destinées à protéger l'institution à laquelle il*

²³ Dictionnaire de l'Académie française, 8^e éd., 1932-5.

²⁴ P. Ségur, *La protection des pouvoirs constitués. Chef de l'Etat, Ministres, Parlementaires, juges*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 7-8.

²⁵ « *Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions* ».

²⁶ P. Ségur, *op. cit.*, p. 8.

²⁷ « *Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68* ».

²⁸ P. Avril et J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, Domat Droit public, Paris, 3^e éd., 2004, p. 48.

appartient »²⁹. Ainsi, les membres du Parlement disposent, en vertu de l'article 26 alinéa 2 de la Constitution³⁰, d'une inviolabilité criminelle et correctionnelle, pour la durée de leur mandat, à raison des faits étrangers à l'exercice de ce dernier. Pour sa part, le Président de la République est bénéficiaire, en application de l'article 67 de la Constitution³¹, d'une inviolabilité plus large, tant en matière pénale que civile, à l'égard de ses actes « *privés* »³².

Le concept d'immunités, enfin, a pour racine latine l'*immunitas*, laquelle renvoie à une « *dispense de toute espèce de charges* »³³. Comme le souligne le Professeur Cosnard, ces charges, les *munus*, recouvraient en droit romain : « *les diverses obligations imposées par la loi, la coutume ou l'autorité* »³⁴. En droit constitutionnel contemporain, il est possible de définir les immunités, comme des protections consistant à soustraire un individu de l'application du droit commun, en raison de la nature des fonctions qu'il exerce. Elles se justifient par l'idée d'une incompatibilité entre le bon accomplissement des fonctions, et certaines rigueurs de ce droit. Les immunités peuvent être classées en trois catégories. Il s'agit en premier lieu de l'immunité de juridiction, en vertu de laquelle le titulaire d'une fonction bénéficie d'un privilège de juridiction. Subséquemment, il ne peut être jugé en certaines matières, que par une juridiction spéciale ou d'exception prévue à cet effet. Les membres du Gouvernement relèvent ainsi de la seule Cour de justice de la République, pour les « *actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés de crimes ou délits* »³⁵. La seconde catégorie correspond à l'immunité de procédure, qui entraîne une suspension ou un filtrage des poursuites. A la différence de

²⁹ P. Ségur, *op. cit.*, p. 6.

³⁰ Al. 2 : « *Aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du Bureau de l'Assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit ou de condamnation définitive* ». Al. 3 : « *La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert* ».

³¹ Al. 2 : « *Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu* ».

³² P. Houillon, rapport n° 3537 fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi constitutionnelle n° 1005 rectifié, portant modification du titre IX de la Constitution, Assemblée nationale, 20 décembre 2006, pp. 50-51.

³³ F. Gaffiot, *op. cit.*, p. 778.

³⁴ M. Cosnard, *Immunités*, in D. Alland, S Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 2003, p. 801.

³⁵ Article 68-1 de la Constitution.

l'immunité de juridiction, elle ne fait que retarder l'application des règles procédurales de droit commun. En outre, elle est classiquement assimilée, du fait de son objet, à l'inviolabilité³⁶. La dernière catégorie est une immunité substantielle ou de fond, qui se traduit par une exemption des règles matérielles de droit commun. Elle est généralement associée à l'irresponsabilité³⁷, civile ou pénale, du titulaire d'une fonction. Ainsi, les membres du Parlement et le Président de la République bénéficient, selon des degrés différents, des deux dernières immunités, mais non de la première. A l'inverse, les membres du gouvernement disposent de la seule immunité de juridiction.

2°) Le contenu doctrinal

6. Après avoir dit ce que n'elle n'est pas, il convient d'appréhender l'inamovibilité de manière positive, par le truchement de la doctrine des XXe et XXIe siècles. Celle-ci, loin d'offrir une définition uniforme de cette garantie, suivant les auteurs et les époques, se caractérise par sa disparité. Chaque auteur s'est efforcé de dégager une définition de l'inamovibilité. Pour autant, il est possible de distinguer au sein de ce large éventail de définitions, des traits faisant l'objet d'un certain consensus. D'ailleurs, il convient de souligner ici entre parenthèses, que cette convergence s'explique par une approche de la doctrine, presque exclusivement concentrée sur l'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire.

7. Le consensus le plus important se réalise autour de l'idée d'une garantie contre les mesures arbitraires. Celle-ci rejoint les définitions proposées par les éditions successives du dictionnaire de l'Académie française. L'inamovibilité, après avoir été définie dans l'édition de 1798, comme le caractère de ce « *qui ne peut être ôté d'un poste, destitué de sa place à volonté* »³⁸, y est conçue depuis 1832, comme le caractère de ce « *qui ne peut être...destitué de sa place arbitrairement* »³⁹. En ce sens, le Professeur Massabiau évoquait l'impossibilité pour un magistrat d'être évincé « *par la seule volonté du gouvernement* ». De la même façon, les Professeurs Solus et Perrot, ainsi que Monique Pauti, ont fait état d'une protection contre : « *la volonté arbitraire du Gouvernement* »⁴⁰. Ainsi, l'inamovibilité s'entend avant tout d'une garantie contre l'arbitraire gouvernemental. Afin de prévenir celui-ci,

³⁶ J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *op. cit.*, 21^e éd., 2007, p. 663.

³⁷ *Ibid.*, p. 661.

³⁸ Dictionnaire de l'Académie française, 5^e éd., 1798.

³⁹ Dictionnaire de l'Académie française, 6^e éd., 1832-5, 8^e éd., 1932-5.

⁴⁰ M. Pauti, *Les magistrats de l'ordre judiciaire*, ENAJ, Paris, 1979, p. 165.

l'écrasante majorité de la doctrine fait appel à la loi. Pour le Professeur Cuhe : « *Les magistrats sont inamovibles, ce qui revient à dire qu'ils ne peuvent être destitués...déplacés que dans les conditions prévues par la loi* ». Certains auteurs se veulent plus précis, en indiquant que la mesure prise ne peut intervenir : « *en dehors des cas et sans observation des formes et conditions prévues par la loi* »⁴¹. Dans plusieurs définitions, le terme de « *loi* » est remplacé par celui de « *statut* (du magistrat) »⁴², c'est à dire l'ensemble des règles qui définissent les droits et obligations applicables aux magistrats du corps judiciaire. Dans la mesure où, par dérogation au Statut général de la fonction publique, le Statut de la magistrature relève aujourd'hui de la loi organique, les auteurs semblent souligner que l'inamovibilité protège également le magistrat contre le législateur ordinaire.

Un moindre consensus paraît se dégager, en faveur de l'idée d'une garantie d'investiture dans une fonction publique stable. Effectivement, l'inamovibilité est le plus souvent perçue par la doctrine actuelle, sous le seul prisme des mesures « *arbitraires* » qu'elle a pour objet d'encadrer. Il s'agit de mesures destinées à évincer temporairement ou définitivement le magistrat de ses fonctions, de son emploi, voire de la magistrature. La plupart des définitions mentionnent la révocation, la suspension, et le déplacement⁴³. Mais des auteurs citent également la mise à la retraite d'office⁴⁴, et la promotion⁴⁵. Ainsi, comme le souligne Stéphane Manson, l'inamovibilité est avant tout une « *garantie contre le risque de désinvestiture* »⁴⁶. Pourtant, il convient d'accorder un certain crédit à la définition suggérée par le Professeur Lavigne, suivant laquelle : « *l'inamovibilité est la technique d'investiture d'un emploi public selon laquelle la personne qui en*

⁴¹ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, Sirey, Paris, 1961, p. 662, n° 776.

⁴² Pour illustration : L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, Paris, 11^e éd., 2008, p. 523 ; S. Manson, *La notion d'indépendance en droit administratif*, thèse de Doctorat, L'auteur, Paris, 1995, p. 378.

⁴³ Pour illustration : J. Massabiau, *Manuel du ministère public près les cours d'appel, les cours d'assises et les tribunaux civils, correctionnels et de police*, Marchal, Billard et Cie, Paris, 5^e éd., 1876, p. 45 ; H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, t. 1, p. 662 ; L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 523.

⁴⁴ Pour illustration : M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1900, p. 596 ; M. Pauti, *op. cit.*, p. 165 ; L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 523 ; R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Domat Droit privé, Paris, 12^e éd., 2006, p. 301 ; G. Cornu, *op. cit.*, 7^e éd., 2005, p. 441.

⁴⁵ M. Pauti, *op. cit.*, p. 165.

⁴⁶ S. Manson, *op. cit.*, p. 378.

*bénéficie ne peut en être désinvestie que... »*⁴⁷. Bien qu'étrange au premier abord, cette proposition souligne le lien qu'entretient l'inamovibilité avec la durée des fonctions et la nomination dans celles-ci. D'une part, elle permet de comprendre la thèse « *patrimoniale* » de l'inamovibilité. Celle-ci a encore été défendue au début du XXe siècle, par le Doyen Duguit, qui évoquait « *un droit individuel, un droit subjectif analogue à un droit de propriété* »⁴⁸, et par le Doyen Hauriou, pour qui les personnes inamovibles « *ont une sorte de propriété du siège, qui leur assure une très forte possession de leur titre* »⁴⁹. Si cette thèse a été depuis longtemps abandonnée, l'idée qui la sous-tend n'en a pas pour autant disparu. Les Professeurs Garsonnet et César-Bru l'avaient ainsi clairement mis en exergue dans leur définition de l'inamovibilité, en vertu de laquelle les magistrats du siège : « *ne peuvent être dépossédés de leurs fonctions, pendant le temps qu'elles doivent durer, sauf dans les cas et suivant les formes déterminées par la loi* ». L'inamovibilité apparaît en conséquence pour le magistrat, également comme une garantie de maintien dans ses fonctions pour une certaine durée. D'autre part, la définition suggérée par le Professeur Lavigne, s'explique par la relation particulière qu'entretient l'inamovibilité avec le mode de désignation du magistrat. En effet, elle constitue classiquement la contrepartie pour le magistrat du siège, de sa nomination par le Pouvoir exécutif. Dans ce contexte, s'il est vrai que l'inamovibilité « *ne produit ses effets qu'après l'investiture, pendant l'exercice des fonctions* »⁵⁰, il n'en demeure pas moins qu'elle donne l'assurance au magistrat, dès son investiture, de conserver son siège pendant une certaine durée, sous réserve des cas et dans les formes prévus par son statut.

Si la doctrine voit dans l'inamovibilité une protection du magistrat contre les mesures d'éviction « *arbitraires* », elle admet cependant que celui-ci puisse être révoqué, suspendu, déplacé ou mis à la retraite d'office. Pour Raoul de La Grasserie, le juge : « *ne pourra être destitué, si ce n'est par mesure disciplinaire, s'il démerite...* »⁵¹. Ainsi, un magistrat inamovible peut uniquement être évincé dans le cadre d'une procédure disciplinaire prévue par la loi. Cependant, l'interrogation majeure porte sur l'organe chargé de mettre en œuvre cette procédure, et de sanctionner le magistrat. Il semble que la compétence du Pouvoir exécutif doive être

⁴⁷ P. Lavigne, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁸ L. Duguit, *Etudes de droit public. L'Etat, les gouvernants et les agents*, A. Fontemoing, 1903, rééd. Dalloz, Paris, 2005, p. 581.

⁴⁹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, 1900, p. 596.

⁵⁰ S. Manson, *op. cit.*, p. 378.

⁵¹ R. de La Grasserie, *La justice en France et à l'étranger*, vol. 1, Sirey, Paris, 1914, pp. 168-169.

exclue. Si pour Claude Gour, l'inamovibilité est respectée, dès lors : « *qu'existent des dispositions légales limitant le droit pour le gouvernement de mettre un terme aux fonctions des juges* »⁵², le Doyen Duguit exige en revanche, que : « *la révocation ne (puisse) être faite que par un organe différent de celui qui a fait la nomination* »⁵³. Selon le Professeur Massabiau, le gouvernement a seulement le droit de « *mettre en mouvement* » l'action disciplinaire⁵⁴. Parmi les représentants de la doctrine qui se sont intéressés à cette question, une majorité s'est prononcée en faveur de la compétence d'une juridiction disciplinaire. Le Professeur Waline avait notamment proposé une définition de l'inamovibilité, entièrement construite autour d'une telle compétence : « *Le fonctionnaire inamovible – et notamment, le magistrat du siège – ne peut être puni disciplinairement que par la décision, ou sur l'avis conforme (ce qui revient pratiquement au même) d'un organe juridictionnel, ou offrant les garanties juridictionnelles, et selon une procédure présentant les garanties que chaque justiciable est en droit d'attendre d'une procédure juridictionnelle* »⁵⁵.

Le dernier trait de définition qui semble se dégager au sein de la doctrine des XXe et XXIe siècles, concerne l'encadrement des mesures de déplacement. Le magistrat du siège semble bénéficier à cet égard, sauf dans le cadre d'une procédure disciplinaire, d'une garantie particulière. Le Doyen Favoreu avait clairement opéré cette distinction, dans sa définition de l'inamovibilité : « *Le juge, non seulement ne peut être révoqué, suspendu ou mis à la retraite d'office en dehors de garanties prévues par son statut, mais encore...il ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle* »⁵⁶. Ainsi, à la différence du fonctionnaire ordinaire, un magistrat ne peut faire l'objet d'une affectation d'office dans l'intérêt du service. Son consentement préalable est requis. Le Professeur Renoux a tenu compte de cette particularité, en théorisant cette distinction à travers les concepts « *d'inamovibilité des fonctions* » et « *d'inamovibilité de résidence* »⁵⁷. La première « *garantit le*

⁵² C. Gour, *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif : problèmes de compétence*, LGDJ, Paris, 1960, p. 333.

⁵³ L. Duguit, *Etudes de droit public...*, *op. cit.*, p. 579.

⁵⁴ J. Massabiau, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁵ M. Waline, *Pouvoir exécutif et justice*, La justice VII, PUF, Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisés, Université d'Aix-Marseille, 1961, pp. 100-101.

⁵⁶ L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 11^e éd., 2008, p. 523.

⁵⁷ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'Autorité judiciaire – L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica-Puam, Droit public positif, Paris, 1984, p. 115 ; *Inamovibilité*, in F. Luchaire, G. Conac (dir.), *La Constitution de la Ve République*, Economica, Paris, 2^e éd., 1987, p. 492 ; *Code constitutionnel*, Litec, Paris, 2004, p. 555. Il convient toutefois de souligner

magistrat contre toute tentative d'éviction, destitution ou suspension arbitraire dans l'exercice de ses fonctions du siège », tandis que la seconde « *le protège contre tout déplacement non consenti en dehors de la juridiction au sein de laquelle il exerce des fonctions du siège* ».

Dans ces conditions, au lieu de chercher à donner une définition de l'inamovibilité tenant en une seule phrase, il est possible de la décliner en quatre propositions :

- Pendant la durée préétablie de ses fonctions, le magistrat peut uniquement être désinvesti dans les cas et dans les conditions prévues par son statut ;
- Le magistrat est titulaire de sa fonction du siège ;
- Le magistrat ne peut être sanctionné par l'autorité de nomination, et la compétence disciplinaire est transférée à un organe juridictionnel ;
- Le magistrat ne peut faire l'objet d'une affectation nouvelle sans son consentement, même en avancement.

3°) La nature actuelle

8. Après avoir cherché à définir négativement, puis positivement l'inamovibilité des magistrats, il apparaît enfin nécessaire d'en définir la nature. L'exercice est d'autant moins aisé, que la doctrine ne semble pas s'entendre sur celle-ci. Léon Duguit évoquait un « *état* »⁵⁸, René Warlomont un « *droit* »⁵⁹, Joseph Massabiau une « *situation* »⁶⁰, Thierry Renoux une « *protection* »⁶¹, Bourdin un « *privilège* »⁶², Robert Charvin un « *principe* »⁶³, Gérard Masson une « *règle* »⁶⁴,

que le concept « *d'inamovibilité de résidence* » était déjà utilisé par Raoul de la Grasserie dans sa proposition de définition. Voir : *La justice en France...*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 168-169.

⁵⁸ L. Duguit, *Etudes de droit public...*, *op. cit.*, p. 581.

⁵⁹ R. Warlomont, *Le magistrat. Son statut et sa fonction*, F. Larcier, Bruxelles, 1950, p. 93.

⁶⁰ J. Massabiau, *op. cit.*, p.45. Gérard Cornu mentionne plus précisément une « *situation juridique* », *op. cit.*, 7^e éd., 2005, p. 441.

⁶¹ T. S. Renoux, *Inamovibilité*, in F. Luchaire, G. Conac (dir.), *op. cit.*, 2^e éd., 1987, p. 490.

⁶² R. Bourdin, *L'inamovibilité de la magistrature coloniale*, L'auteur, Paris, 1949, p. 16.

⁶³ R. Charvin, *Justice et politique : évolution de leurs rapports*, LGDJ, Paris, 1968, p. 193.

⁶⁴ G. Masson, *L'indépendance des magistrats vis-à-vis du pouvoir politique de 1870 à nos jours*, vol. 1, L'auteur, Paris, 1975, p. 179.

Pierre Lavigne une « *technique* »⁶⁵, Marcel Waline une « *notion* »⁶⁶, Henri Solus et Roger Perrot une « *institution* »⁶⁷.

9. En revanche, l'étude des textes constitutionnels et de la jurisprudence, paraît réduire ce large éventail à une simple alternative. L'inamovibilité est une règle ou un principe. Au cours des années qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale, la première solution a recueilli la faveur du Conseil d'Etat. L'inamovibilité a alors été qualifiée de « *règle essentielle* », notamment à l'occasion du fameux arrêt d'Assemblée du contentieux, « *Véron-Réville* », du 27 mai 1949⁶⁸. Cependant, la préférence des pouvoirs publics bénéficie largement à la seconde qualification. Ainsi, l'article 26 de la Constitution du 14 janvier 1852, la seule disposition constitutionnelle française qui ait jamais qualifié l'inamovibilité, faisait déjà état d'un « *principe de l'inamovibilité de la magistrature* ». Sous la V^{ème} République, le Conseil constitutionnel se réfère depuis sa décision fondatrice du 26 janvier 1967, au « *principe de l'inamovibilité des magistrats du siège* »⁶⁹. Le Conseil d'Etat a lui-même fait évoluer sa jurisprudence, en s'inscrivant dans le sillon de l'Hôte de la rue de Montpensier⁷⁰. En conséquence, il semble préférable de désigner l'inamovibilité sous l'appellation de : « *principe* », plutôt que sous celle de : « *règle* ». Cette dernière qualification apparaît d'ailleurs d'autant plus inadaptée, que l'inamovibilité se trouve elle-même constituée de plusieurs règles. Il s'agit des quatre propositions énumérées précédemment : pendant la durée préétablie de ses fonctions, le magistrat peut uniquement être désinvesti dans les cas et dans les conditions prévues par son statut ; il est titulaire de sa fonction du siège ; la compétence disciplinaire est transférée de l'autorité de nomination vers un organe juridictionnel ; enfin, le magistrat ne peut faire l'objet d'une affectation nouvelle sans son consentement, même en avancement. Dans ces conditions, l'inamovibilité est un corps de règles, c'est à dire un corps de normes juridiquement obligatoires, dont elle assure la cohérence et auquel elle donne un sens.

⁶⁵ P. Lavigne, *op. cit.*, p. 164 ;

⁶⁶ M. Waline, *Pouvoir exécutif et justice*, *op. cit.*, p. 100.

⁶⁷ H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 662.

⁶⁸ CE Ass., arrêt du 27 mai 1959, « *Véron-Réville* », Gazette du Palais, 1949, p. 36 ; CE Sect., arrêt du 26 mai 1950, « *Sieur Dirat* », 1950, p. 322.

⁶⁹ CC, décision n° 67-31 du 26 janvier 1967, « *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature* », cons. 3.

⁷⁰ CE, Sect., arrêt du 29 juin 1983, « *Pacaud* », RFDA, janvier-février 1985, pp. 115-116 ; CE, arrêt du 10 juillet 2006, « *Jacques A.* », Req. n° 294971.

Cependant, il n'est pas certain qu'à ce stade de l'étude, la qualification de « *principe* » soit la plus appropriée pour désigner l'inamovibilité. En effet, ce mot a pour racine latine le terme « *principium* », lequel se décompose en « *primo* » (premier) et « *capere* » (prendre). Aussi, il désigne le commencement, la source, ce qui prend le première rang⁷¹. Si l'inamovibilité semble revêtir une grande importance en droit français, ainsi qu'en droit comparé, il appartient toutefois de démontrer au préalable qu'elle constitue effectivement un principe.

10. A défaut de pouvoir attribuer à l'inamovibilité le nom de « *règle* » ou de « *principe* », il est possible de s'interroger sur l'existence d'une qualification plus consensuelle. Or, il existe un terme presque instinctivement utilisé par la classe politique et la doctrine, pour la désigner. C'est celui de « *garantie* ». Lors des travaux préparatoires à la loi du 30 août 1883, le Garde des Sceaux Félix Martin-Feuillée parlait déjà d'une : « *garantie contre le pouvoir exécutif* »⁷². Depuis, nombreux sont les représentants de la doctrine à avoir eu recours à cette appellation, tels que Raymond Carré de Malberg, Raoul de La Grasserie, Henri Solus et Roger Perrot, Pierre Lavigne, Stéphane Manson, ou encore Jean et Olivier Douvreur⁷³. Au-delà du consensus dont elle semble faire l'objet, cette qualification présente un double avantage. D'une part, elle n'est pas exclusive de la qualité de « *principe* ». La définition de « *l'indépendance de la justice* » donnée par la France, à l'occasion du deuxième congrès de l'AHJUCAF de 2007, en constitue une illustration : « *les garanties d'indépendance du juge...sont...dominées par le principe d'inamovibilité des juges du siège* »⁷⁴. D'autre part, il existe une certaine adéquation entre l'inamovibilité des magistrats et la définition du mot « *garantie* ». Cette dernière correspond à : « *(l')ensemble des dispositions et procédés, quelquefois contenus dans une rubrique spéciale de la Constitution écrite, qui tendent à empêcher par des interdictions ou d'une manière générale par un système quelconque de limitation du pouvoir la violation des droits de l'homme par les gouvernants* »⁷⁵. Or, le contenu de l'inamovibilité, en l'occurrence le corps de règles qui la compose, n'a de sens qu'à raison de son but. Celui-ci se décline en un objet, à savoir un but immédiat, et en une finalité, c'est à dire un but final. Le premier est l'indépendance du magistrat dans

⁷¹ P. Morvan, *Principe*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 1201.

⁷² Séance du 20 juillet 1883, JO, Sénat, p. 953.

⁷³ R. de La Grasserie, *De la justice en France...*, vol. 1, *op. cit.*, p. 168-173 ; P. Lavigne, *op. cit.*, p. 163 ; S. Manson, *op. cit.*, p. 378 ; J. Douvreur, O. Douvreur, *Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes*, in Mélanges Jacques Robert, Montchrestien, Paris, 1998, p. 336.

⁷⁴ AHJUCAF, *op. cit.*, www.ahjucaf.org, Question n° 5.

⁷⁵ G. Cornu, *op. cit.*, 7^e éd., 2005, p. 437.

l'exercice de ses fonctions, et la seconde est la protection des droits et libertés des justiciables.

En conséquence, la nature de l'inamovibilité peut être envisagée à travers quatre suggestions :

- L'inamovibilité est une garantie ;
- Elle a pour objet d'assurer l'indépendance du magistrat ;
- Elle a pour finalité la protection des droits et libertés du justiciable ;
- Et dans ce but, elle est composée des quatre règles sus-évoquées.

B . La finalité de l'inamovibilité

1°) Une garantie de l'indépendance judiciaire

11. Comme l'écrivait le Commissaire du gouvernement Raymond Odent, dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat « *Véron-Réville* » du 27 mai 1949, l'inamovibilité des juges : « *a été rétablie et constitutionnellement affirmée...pour leur permettre de conserver une indépendance dont dépend en grande partie la qualité de la justice qu'ils rendent* ». En effet, un magistrat perdrait de la sérénité nécessaire à l'exercice de ses fonctions, s'il devait continuellement redouter une éviction arbitraire. Sous la Monarchie de Juillet, le Procureur général Dupin avait parfaitement résumé la situation devant la Chambre des députés : « *Un juge qui craint pour sa place ne rend plus la justice* »⁷⁶. Ainsi, l'inamovibilité apparaît-elle comme une condition du respect d'un principe plus large, à savoir celui de l'indépendance judiciaire.

12. Concernant son objet, l'indépendance judiciaire est classiquement conçue comme une garantie contre le Pouvoir politique, en l'occurrence le Pouvoir exécutif et le Pouvoir législatif. Plus précisément, elle suppose que la justice soit à l'abri de toute intervention de ceux-ci dans l'exercice des fonctions judiciaires. Elle doit échapper au contrôle du Pouvoir exécutif, ainsi qu'à une subordination vis-à-vis de ce dernier⁷⁷. Une raison historique justifie cette approche. L'indépendance de la

⁷⁶ Dupin, Séance du 26 novembre 1830, Chambre des députés. Cité par Marcel Rousselet, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, t. 2, Plon, Paris, p. 174.

⁷⁷ Cour suprême du Canada, arrêt « *Valente c. La Reine* », [1985] 2 R.C.S. 673, cons. 16-17.

justice a longtemps été menacée par les Parlements et les monarques successifs⁷⁸. En revanche, elle semblait préservée des intérêts privés. Ainsi, Raoul de La Grasserie écrivait en 1914 : « *la corruption venant d'un justiciable, brutale et directe, répugnera toujours, même aux mentalités les moins scrupuleuses* »⁷⁹. Toutefois, cette conception ne correspond plus à la réalité contemporaine. C'est pourquoi le rapport aux intérêts privés, se trouve désormais concerné par la problématique de l'indépendance de la justice, comme l'illustre l'interprétation qui est faite de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la jurisprudence de la Cour du même nom⁸⁰. Or, l'inamovibilité ne semble pas, à première vue en France, avoir été concernée par cette extension. Pourtant, l'approche de celle-ci a évolué. Alors qu'elle était communément présentée comme une protection contre « *l'exécutif ou l'autorité responsable des nominations* »⁸¹, l'inamovibilité apparaît désormais comme une garantie contre le Pouvoir politique en général. Il faut notamment y voir une conséquence de l'affirmation de l'Etat de droit constitutionnel, sur lequel il conviendra de revenir par la suite.

13. L'indépendance judiciaire connaît au-delà, dans son contenu, un large éventail de déclinaisons. A la lecture des textes constitutionnels, de la jurisprudence et de la doctrine, il est possible d'évoquer pêle-mêle « *l'indépendance individuelle* », « *l'indépendance personnelle* », « *l'indépendance administrative* », « *l'indépendance financière* », « *l'indépendance collective* » « *l'indépendance institutionnelle* », « *l'indépendance organique* », « *l'indépendance fonctionnelle* », ou encore « *l'apparence d'indépendance* ». Parmi ce foisonnement d'approches, la place de l'inamovibilité diffère, suivant que l'indépendance de la justice se trouve prise en considération sous le prisme de la fonction judiciaire, sous celui du magistrat, ou encore sous un prisme mixte.

La Cour européenne des droits de l'homme s'intéresse principalement à la fonction judiciaire. Selon sa jurisprudence, un tribunal est indépendant au sens de l'article 6 § 1 de la Convention du même nom, dès lors qu'il se trouve caractérisé à la

⁷⁸ S. Shetreet, *Judges on trial. A study of the appointment and accountability of the english judiciary*, Gordon J. Borrie, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1976, p. 17.

⁷⁹ R. de La Grasserie, *La justice en France...*, vol. 1, *op. cit.*, p. 168.

⁸⁰ CEDH, arrêt du 28 juin 1984, « *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* », Req. n° 7819/77 et 7878/11, § 78.

⁸¹ Cour suprême du Canada, arrêt « *Ell c. Alberta* », [2003] 1 R.C.S., cons. 15 ; J. Douvreur, O. Douvreur, *Le principe d'indépendance...*, *op. cit.*, p. 336 ; R. Perrot, *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, p. 301.

fois par une apparence d'indépendance et une indépendance institutionnelle⁸². Cette dernière recouvre l'indépendance organique et l'indépendance fonctionnelle. Il s'agit alors pour la Cour de s'intéresser à des critères objectifs, afin de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Pour que le critère organique soit respecté, il est nécessaire que le statut du tribunal et celui de ses membres, notamment leur mode de nomination et la durée de leur mandat, révèle « *l'absence de lien entre le pouvoir exécutif et les autorités judiciaires* »⁸³. Le critère fonctionnel implique quant à lui, que le tribunal et ses membres bénéficient de garanties en vertu desquelles ils puissent : « *ne recevoir ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles* »⁸⁴. A côté de l'indépendance institutionnelle, l'apparence d'indépendance constitue une application de l'adage : « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* »⁸⁵. La Cour s'intéresse alors à un critère subjectif, d'ordre psychologique. Il est nécessaire qu'un justiciable ne puisse nourrir d'« *appréhensions...objectivement justifiées* »⁸⁶ concernant l'indépendance du tribunal, dont un des membres se trouverait « *dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties* »⁸⁷. Le bénéfice de l'inamovibilité est en conséquence susceptible d'être pris en compte par le juge européen, pour la reconnaissance des indépendances institutionnelle, organique et fonctionnelle, ainsi que pour celle de l'apparence d'indépendance. Néanmoins, au lieu d'occuper une place autonome, l'inamovibilité se trouve ici diluée parmi ces différentes approches. Elle constitue alors une condition utile, mais non forcément nécessaire de l'indépendance judiciaire.

En revanche, les Constitutions européennes s'intéressent davantage au magistrat, qu'à la fonction judiciaire. Il en va ainsi de la Loi fondamentale allemande : « *les juges sont indépendants* », de la Constitution espagnole : « *La Justice...est rendue par des juges et magistrats qui...sont indépendants* », de la Constitution italienne : « *Les juges ne sont soumis qu'à la loi* », ou encore de la

⁸² « *Pour déterminer si un organe peut passer pour indépendant...la Cour a égard au mode de désignation et à la durée du mandat des membres, à l'existence de garanties contre les pressions extérieures et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance* », CEDH, arrêt du 28 juin 1984, « *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* », Req. n° 7819/77 et 7878/77, § 78.

⁸³ CEDH, arrêt du 9 novembre 2006, « *Société Sacilor-Lormines c/ France* », Req. n° 65411/01, § 59.

⁸⁴ *Ibid.*, § 67.

⁸⁵ « *Il ne faut pas seulement que la justice soit rendue, il faut aussi qu'elle donne l'apparence d'être rendue* ». Voir : CEDH, arrêt du 17 janvier 1970, « *Delcourt c/ Belgique* », Req. n° 2689/65, § 31.

⁸⁶ CEDH, arrêt du 9 juin 1998, « *Incal c/ Turquie* », Req. n° 41/97/825/1031, § 71.

⁸⁷ CEDH, arrêt du 22 octobre 1984, « *Sramek c/ Autriche* », Req. n° 8790/79, § 42.

Constitution roumaine : « *Les juges sont indépendants* ». Cette approche est particulièrement visible dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Dans ses décisions, celui-ci mentionne « *l'indépendance des juges* », « *l'indépendance des magistrats du siège* », ou « *des juges du siège* », voire plus généralement « *l'indépendance des magistrats* ». Dans ces conditions, l'indépendance judiciaire est principalement envisagée sous l'angle de l'indépendance individuelle ou personnelle du magistrat. Certes, cela ne signifie pas que toute forme d'indépendance institutionnelle se trouve exclue. Ainsi en France, l'indépendance de l'Autorité judiciaire est expressément prévue à l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958, et le Conseil constitutionnel a dégagé un principe fondamental reconnu par les lois de la République de « *l'indépendance des juridictions* », à l'occasion de sa décision du 22 juillet 1980, « *Validation d'actes administratifs* ». Toutefois, pour reprendre les propos de Dominique Rousseau, cette indépendance « *se mesure...véritablement à l'indépendance de ses membres* »⁸⁸. En conséquence, l'indépendance judiciaire apparaît raisonnablement assurée, à partir du moment où le magistrat bénéficie d'un certain nombre de garanties. Le bilan du questionnaire de l'AHJUCAF consacré à ce thème, est révélateur de cette optique. En suivant celui-ci, « *nous pouvons recenser les conditions inséparables de l'indépendance judiciaire. Ces conditions...sont : le recrutement ou la sélection des juges ; la formation ; la rémunération ; le budget de la justice ; la nomination du juge ; (et) la carrière du juge* »⁸⁹. Sur les six conditions énumérées, cinq se rapportent au magistrat. Dans la mesure où elle apparaît d'abord comme une garantie individuelle accordée au magistrat, l'inamovibilité a alors vocation à occuper une place à part entière au sein de l'indépendance de la justice. Elle est à la fois une condition nécessaire et essentielle, de celle-ci.

Une troisième conception de l'indépendance judiciaire, reposant sur une approche mixte, a notamment prospéré au Canada. Celle-ci y est définie, dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, par « *trois caractéristiques essentielles* » et « *deux dimensions* »⁹⁰. Depuis l'arrêt « *Valente* » de 1985⁹¹, les premières regroupent : l'inamovibilité ; la sécurité financière ; et l'indépendance administrative. Selon le même arrêt, les secondes se déclinent en : une indépendance individuelle ; et une indépendance institutionnelle ou collective de la cour ou du

⁸⁸ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Domat Droit public, Paris, 5^e éd., 1999, p. 254.

⁸⁹ AHJUCAF, *op. cit.*, www.ahjucaf.org, Question n° 5.

⁹⁰ Cette formule aurait été utilisée pour la première fois par le juge en chef Lamer, dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, « *Renvoi : juges de la Cour provinciale* », [1997], 3 R.C.S., 87.

⁹¹ Cour suprême du Canada, arrêt « *Valente c. La Reine* », [1985] 2 R.C.S. 673.

tribunal, auquel le juge appartient. La raison de la distinction entre ces deux dimensions de l'indépendance, a été explicitée dans ce même arrêt, par le Juge Le Dain : « *Le rapport entre ces deux aspects...est qu'un juge, pris individuellement, peut jouir des conditions essentielles à l'indépendance judiciaire, mais si la cour ou le tribunal qu'il préside n'est pas indépendant des autres organes du gouvernement dans ce qui est essentiel à sa fonction, on ne peut pas dire qu'il constitue un tribunal indépendant* »⁹². Le Juge en chef Lamer a complété cette explication, dans l'arrêt « *Renvoi sur les juges* » de 1997, en précisant le lien existant entre les caractéristiques essentielles et les dimensions de l'indépendance judiciaire. Les premières « *forment, ensemble, l'indépendance de la magistrature. Par contraste, les dimensions de cette indépendance indiquent lequel – du juge pris individuellement ou de la cour ou du tribunal auquel il appartient – est protégé par une caractéristique essentielle donnée* »⁹³. En conséquence, l'indépendance de la justice est appréciée à un double niveau, celui du magistrat et celui de l'institution judiciaire. Plus encore, le respect d'une caractéristique essentielle peut être exigé dans les deux dimensions, individuelle et collective. Il en va ainsi de la sécurité financière. A l'inverse, l'indépendance administrative se rapporte à la dimension institutionnelle, et l'inamovibilité à la dimension individuelle. Dans ce contexte, la place de l'inamovibilité se trouve essentiellement cantonnée à la dimension individuelle de l'indépendance judiciaire. Elle n'en constitue pas moins une condition nécessaire, de celle-ci.

14. Après avoir examiné l'objet et le contenu de l'indépendance judiciaire, il convient de s'arrêter sur son essence. Plus précisément, il s'agit de savoir si elle est intrinsèque ou extrinsèque au magistrat. Ou bien elle est une émanation de ce dernier, ou bien elle est une conséquence des garanties statutaires qui lui sont attribuées. Certains représentants de la doctrine relèvent effectivement que l'indépendance est avant tout affaire de tempérament. Une grande force de caractère est en effet nécessaire, pour ne pas succomber aux pressions du pouvoir politique, ou à celles des intérêts privés⁹⁴. D'ailleurs, comme le souligne le Professeur Perrot, « *l'histoire a...montré que, quels que soient les textes, les hommes de caractère savaient garder leur indépendance en dépit des menaces et des sollicitations* ». Il atténue cependant son propos, en ajoutant immédiatement : « *Mais il est néanmoins indispensable que*

⁹² Cour suprême du Canada, arrêt « *Valente c. La Reine* », [1985] 2 R.C.S., note 2, 687.

⁹³ Cour suprême du Canada, arrêt « *Renvoi : juges de la Cour provinciale* », [1997], 3 R.C.S., 82.

⁹⁴ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op. cit. 12^e éd., 2006, p. 300 ; J.-M. Varaut, *Indépendance*, D. Alland, S. Rials (dir.), op. cit., p. 627.

les textes fortifient les résolutions de chacun et que, en tout cas, ils ne les découragent point ».

Partant de constatations analogues, les Etats d'obédience anglo-saxonne et les Etats d'inspiration européenne-continentale, ont tiré des conclusions différentes, clairement mises en exergue par le Professeur Renoux⁹⁵. Dans les premiers, l'indépendance du juge est principalement le fruit d'une culture juridique résultant de la pratique, et prenant en compte « *sa formation, son passé, sa mentalité, son vécu, (et) ses habitudes de pensée* ». Il s'agit alors d'une indépendance à la fois « *matérielle (salaire suffisant)...morale...et intellectuelle (compétence suffisante)* ». L'indépendance du juge européen-continental est, à l'inverse, essentiellement conçue par rapport à un statut juridique, c'est à dire « *un corps de règles juridiques énonçant des garanties renforcées* ». Or, interprétée dans le sens d'un positivisme rigoureux, cette seconde conception laisse entendre que l'indépendance du magistrat réside intégralement dans les garanties statutaires qui lui sont accordées. Dans ce cadre, l'inamovibilité apparaît incontestablement comme une garantie statutaire. Elle se rapproche en ce sens du modèle européen-continental. Pour autant, elle ne s'inscrit pas nécessairement dans une vision strictement positiviste de l'indépendance judiciaire. La qualification de « *règle morale* » qui lui est donnée par certains représentants de la doctrine, peut d'ailleurs conduire à s'interroger sur sa proximité avec le modèle anglo-saxon. C'est une voie sur laquelle il conviendra immanquablement de revenir, dans la suite de cette étude.

15. Enfin, l'examen de l'indépendance judiciaire ne saurait être complet, à défaut d'envisager sa finalité et sa nature. Il est alors nécessaire de retourner à son objet. Si l'indépendance vise à protéger le magistrat contre l'ingérence des Pouvoirs publics et des intérêts privés, c'est afin de lui permettre d'exercer les fonctions qui lui ont été confiées par les textes constitutionnels ou législatifs. C'est pourquoi, de nombreuses Constitutions prévoient que le juge doit être uniquement soumis à la loi dans l'exercice de ses attributions⁹⁶. Cette soumission à la loi n'est toutefois pas synonyme d'assujettissement. Le fait que le juge ait pour devoir d'appliquer la loi en rendant sa décision, ne se traduit pas par une dépendance de celui-ci vis-à-vis de celle-là. En droit positif, une décision illégale peut seulement être remise en cause à l'occasion d'un recours devant une juridiction supérieure, sous réserve qu'elle ne soit

⁹⁵ T. S. Renoux, *Le pouvoir judiciaire en France et Europe continentale : approche comparative*, RDP, n° 4, 1999, p. 970.

⁹⁶ Article 97 (1) de la Loi fondamentale allemande : « *Les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi* » ; article 117 (1) de la Constitution espagnole : « *La justice...est administrée...par des juges et des magistrats...qui sont indépendants...et soumis exclusivement à l'empire de la loi* » ; article 101 de la Constitution italienne : « *...Les juges ne sont soumis qu'à la loi* ». La Constitution française du 4 octobre 1958, silencieuse sur cette question, fait figure d'exception.

pas devenue définitive. Au demeurant, le code civil français impose au juge de pallier les insuffisances de la loi, sous peine de déni de justice⁹⁷. La Constitution japonaise apparaît alors tout à fait appropriée pour définir, de manière positive, l'indépendance judiciaire : « ...les juges se prononcent librement en leur âme et conscience et sont tenus d'observer exclusivement la Constitution et les lois »⁹⁸.

Ainsi présentée, l'indépendance judiciaire poursuit en principe une finalité : l'impartialité de la justice. Cette dernière est passée à la postérité en Europe, avec le développement du recours à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit que : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue...par un tribunal indépendant et impartial ». Pour autant, cette exigence était déjà connue du droit français, avant l'adoption de ce texte par le Conseil de l'Europe. Dans ses conclusions sur l'arrêt « Véron-Réville » du 27 mai 1949⁹⁹, le Commissaire du gouvernement Raymond Odent avait déjà évoqué, ensemble, « l'indépendance et l'impartialité du corps judiciaire ». Or, si à la lecture de telles formules, ces deux exigences peuvent sembler de prime abord distinctes, la jurisprudence et la doctrine se sont progressivement attachées depuis lors, à en démontrer la connexité. La conception développée par le Juge en chef Lamer dans l'arrêté précité de 1991, se révèle en ce sens, d'une rare intensité : « ...la garantie d'indépendance judiciaire vise dans l'ensemble à assurer une perception raisonnable d'impartialité ; l'indépendance n'est qu'un « moyen » pour atteindre cette « fin ». Si les juges pouvaient être perçus comme « impartiaux » sans l'« indépendance » judiciaire, l'exigence d'« indépendance » serait inutile. Cependant, l'indépendance judiciaire est essentielle à la perception d'impartialité qu'a le public. L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire »¹⁰⁰. Tout est dit, ou presque.

Mais alors, que signifie exactement l'impartialité ? Celle-ci connaît dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, deux acceptions complémentaires. Suivant une démarche subjective, tout d'abord, l'impartialité vise à empêcher que le juge ne soit influencé par des considérations personnelles sur le litige à trancher¹⁰¹. Selon une démarche objective, ensuite, l'impartialité vise à éviter qu'un juge ayant statué à juge unique ou en tant que membre d'une juridiction

⁹⁷ Article 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

⁹⁸ Article 76 § 2 de la Constitution du 3 novembre 1946.

⁹⁹ CE Ass., arrêt du 27 mai 1949, « Véron-Réville », Gazette du Palais, 1949, p. 36.

¹⁰⁰ Cour suprême du Canada, arrêt « R. c. Lippé », [1991] 2 R.C.S., note 21, 139.

¹⁰¹ CEDH, arrêt du 1^{er} octobre 1982, « Piersack c/ Belgique », Req. n° 8692/79, § 30.

collégiale, ne nourrisse un quelconque préjugé, en raison de sa connaissance préalable de l'affaire, de la décision, ou d'une question analogue¹⁰². Cette dichotomie, également connue de la Cour suprême du Canada, rejoint la distinction entre les « *deux dimensions* » de l'indépendance. Le Juge en chef Lamer l'a ainsi expliqué dans son arrêt « *R. c. Lippé* » précité : « ...qu'un juge particulier ait ou non entretenu des idées préconçues ou des préjugés, si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité »¹⁰³. L'impartialité renvoie donc à l'idée d'une « neutralité dynamique » de celui qui rend la justice, par rapport à l'affaire qui est portée à sa connaissance¹⁰⁴. L'indépendance judiciaire et l'inamovibilité qui y participe, supposeraient donc en principe, d'être interprétées en conséquence.

2°) Une garantie d'origine canonique ?

16. La doctrine prête communément à l'inamovibilité des magistrats, une origine canonique. Il serait cependant erroné de voir dans la garantie d'indépendance précitée, une institution ecclésiastique. En effet, le terme « *inamovible* » ne fait pas partie du langage canonique.

17. Conçue comme une garantie statutaire, il semblerait que l'inamovibilité ait été intégrée tardivement au droit canon, sous l'influence du pouvoir civil. La distinction entre les curés « *amovibles* » et les curés « *inamovibles* » aurait été établie à l'égard du clergé séculier, par les Articles organiques du 8 avril 1802. S'il est vrai que ce texte a été adopté par le Parlement français, suite à la conclusion du Concordat entre le Saint-Siège et le Gouvernement du Consulat, il n'en a pas moins été unilatéralement imposé par ce dernier. Jusqu'à cette date, le terme canonique utilisé pour exprimer la situation de durée de la charge curiale, était celui de « *stabilité* ». Ce dernier a d'ailleurs été maintenu en droit, ainsi que l'illustre le canon 454 § 1 du code de droit canonique de 1917 : « *Ceux qui sont préposés, en qualité de recteurs propres, à l'administration d'une paroisse doivent y être établis de manière stable* ». Dans ce contexte, les concepts d'amovibilité et d'inamovibilité ont été utilisés afin de décrire une différence de degré de stabilité. Cette idée ressort du § 2 du même canon : « *Tous les curés n'obtiennent pas le même degré de stabilité. Ceux*

¹⁰² CEDH, arrêt du 1^{er} octobre 1982, « *Piersack c/ Belgique* », Req. n° 8692/79 ; CEDH, arrêt du 9 novembre 2006, « *Société Sacilor-Lormines c/ France* », Req. n° 65411/01. Cette acception de l'impartialité est également appelée « *fonctionnelle* » ou « *structurelle* » dans la doctrine.

¹⁰³ Cour suprême du Canada, arrêt « *R. c. Lippé* », [1991] 2 R.C.S., note 21, 140. Il est alors question d'une impartialité « *institutionnelle* ».

¹⁰⁴ Cour de cassation, *L'exigence d'impartialité du juge dans le procès civil et les procédures de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime*, Bulletin d'information n° 679, Cour de cassation, Paris, 1^{er} avril 2008.

qui obtiennent le degré supérieur sont habituellement appelés inamovibles ; ceux qui n'ont que le degré inférieur sont dits amovibles ». Le Dictionnaire de droit canonique de 1933¹⁰⁵ a énuméré les avantages découlant de l'inamovibilité. Le curé peut uniquement être frappé d'une peine de privation, dès lors que le droit exprime clairement cette peine. Son supérieur doit faire preuve d'une plus grande patience dans la répression du délit de négligence grave. Le curé bénéficie du droit de demander un nouvel examen de sa cause devant l'évêque qui l'a sanctionné, dans certains cas de procédure sommaire. Enfin, il ne peut faire l'objet d'une translation géographique non consentie, décidée par l'évêque en vertu de ses pouvoirs propres.

Néanmoins, cette intégration est demeurée incomplète et éphémère. Ainsi le terme « *inamovible* » ne paraît pas avoir prospéré à l'égard du clergé régulier. Dans les paroisses d'union simple, il avait été prévu à l'occasion du concile de Latran de 1215, que la charge d'âme serait exercée par un vicaire perpétuel. Plus tard, lors du concile de Trente, il fut admis que les évêques pourraient également faire exercer cette charge par des vicaires perpétuels, dans les paroisses d'union pleine. Le concept d'inamovibilité n'a pas été introduit par la suite dans le code de droit canon de 1917. Celui-ci s'est contenté de prévoir une distinction entre les vicaires religieux « *amovibles* », et les vicaires non religieux « *perpétuels* »¹⁰⁶. En outre, ainsi que cela a été souligné dans le Dictionnaire de droit canonique de 1933, il semblerait que l'amovibilité et l'inamovibilité aient revêtu vis-à-vis des curés relevant du clergé séculier, un caractère moins personnel que réel. Ces qualités étaient essentiellement attachées à la nature de la paroisse, de sorte que le code de droit canon de 1917 opère une distinction entre les « *paroisses inamovibles* », les « *paroisses amovibles* », et les « *quasi-paroisses* » inamovibles¹⁰⁷. Enfin, force est de constater que ces deux concepts n'ont pas été maintenus dans le droit positif. Le code de droit canonique de 1983, se réfère uniquement à celui de stabilité : « *Le curé doit jouir de la stabilité et c'est pourquoi il sera nommé pour un temps indéterminé* » (can. 522).

18. A défaut de pouvoir se référer à une inamovibilité canonique, d'ordre statutaire et antérieure à celle des magistrats, il est néanmoins possible de s'intéresser à une autre conception de celle-ci. Le terme proprement dit d' « *inamovibilité* », laisse alors place à celui de « *cardinal* ». Celui qui apparaît classiquement comme un des plus hauts dignitaires de l'Eglise catholique après le pape, voit son origine remonter aux premiers siècles de la chrétienté. Alors que cette dernière formait initialement à Rome, une communauté indivise, le *presbyterium* s'est

¹⁰⁵ R. Naz, *Dictionnaire de droit canonique*, t. 1, éd. Letouzey et Ané, Paris, 1935, p. 504.

¹⁰⁶ Canon 471 § 3.

¹⁰⁷ Canon 454 § 3 et 4.

progressivement scindé en une pluralité d'églises portant le titre de « *titulus* ». Cette évolution était certaine en 313. Or, il semble que les prêtres dirigeant ces *tutuli*, aient progressivement reçu l'appellation de « *presbyteri cardinales* », entre le IV^e et le VI^e siècle. Selon une majorité de la doctrine, ce terme serait dérivé du substantif « *cardo* », ce qui signifie « *gond* ». Il donne alors l'image d'un gond de porte, d'un pivot auquel cette porte est attachée, et autour duquel elle tourne. Appliquée à une personne, elle évoque l'idée d'attache ou de fixité. Ainsi, les cardinaux ont été perçus comme attachés « *à une fonction et à une église déterminées* », « *à titre fixe à une église déterminée* », ou encore « *définitivement à l'Église diocésaine* »¹⁰⁸. En résumé, ils sont inamovibles.

Mais à partir du VIII^e siècle, le terme « *cardinalis* » a progressivement été interprété dans le sens de « *principalis* », c'est à dire associé à l'idée d'honneur, de dignité. Lors du concile romain de 769, les cardinaux ont ainsi été désignés sous le nom de « *majores romanae Ecclesiae* », à savoir comme les grands personnages de l'Église romaine. Cette évolution s'est poursuivie par la suite, dans le sens d'un renforcement de la prééminence des cardinaux. Le rapport entre ces derniers et l'Église s'est lui-même trouvé renversé, comme l'a relevé Thomassin, à propos du concile de Reims de 1148. Les cardinaux n'ayant pas été consultés sur un sujet du concile, l'auteur fait ainsi état de leur réaction : « *Ils témoignèrent au pape avec beaucoup de ressentiment que le Sacré-Collège des cardinaux était comme le pivot sur lequel roule l'Église universelle* »¹⁰⁹. Egaleme nt révélatrice de cette progression, est cet extrait de la bulle du pape Eugène IV, adressée en 1440 à l'archevêque de Cantorbéry : « *...que le pape étant le vicaire et la vivante image de Jésus-Christ, le collège des cardinaux représentait aussi le Sacré collège des apôtres auprès de Jésus-Christ comme les évêques représentaient les mêmes apôtres répandus par toute la terre, pour la publication de l'Évangile* »¹¹⁰. Pour étrange qu'elle puisse paraître, cette conception de l'inamovibilité appuie sur l'idée d'une garantie à double sens. Le cardinal ayant l'Église pour pivot, il doit en retour être le pivot de celle-ci. Néanmoins, une telle vision s'éloigne de la vision statutaire de l'inamovibilité des magistrats, qui semble aujourd'hui défendue en droit français.

¹⁰⁸ V. Martin, *Les cardinaux et la curie*, Bibliothèque catholique des sciences religieuses, Librairie Bloud et Gay, Paris, 1930, pp. 20, 19 et 14.

¹⁰⁹ Cité in R. Naz, *Dictionnaire de droit canonique*, t. 2, Librairie Letouzey et Ané, Paris, 1937, p. 1317.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 1318.

3°) Une garantie formellement reconnue aux seuls magistrats

19. Si cette image du « *Sacré collège des apôtres auprès de Jésus-Christ* », invoquée par Eugène IV, revêt un caractère essentiellement religieux, elle n'en est pas pour autant dénuée de tout lien avec la sphère judiciaire. Bien au contraire, elle s'est vue transposée à celle-ci, dans le cadre des représentations de la scène biblique du « *jugement dernier* », qui ont fleuri aux XVe et XVIe siècles¹¹¹. Ainsi, en tant que successeurs des apôtres, les cardinaux, inamovibles, faisaient en quelque sorte figure de magistrats du siège dans la sphère spirituelle.

20. Or, ainsi que l'a souligné le Professeur Lavigne : « *La notion juridique traditionnelle d'inamovibilité trouve son fondement en droit positif français dans des textes...qui utilisent l'adjectif « inamovible » pour l'appliquer à des personnes dont il faut remarquer dès l'abord qu'il ne s'agit que de magistrats* »¹¹². En effet, toutes les dispositions constitutionnelles et législatives qui mentionnent expressément cet adjectif, l'associent invariablement à celui de « *magistrat* ». Il en va ainsi pour les magistrats du siège de l'ordre judiciaire. L'article 64 alinéa 4 de la Constitution, et l'article 4 alinéa 1^{er} de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, prévoient dans les mêmes termes que : « *Les magistrats du siège sont inamovibles* ». Il en va de même pour les membres de la Cour des comptes, et des chambres régionales des comptes. L'article L. 120-1 du code des juridictions financières, dispose que les premiers : « *ont la qualité de magistrats. Ils sont et demeurent inamovibles* ». Quant au second, il ressort de l'article L. 212-8 du même code, que : « *Les magistrats des chambres régionales des comptes sont inamovibles* ». Au-delà, il convient de relever que dans les rares occasions où l'adjectif « *inamovible* » à été étendu par les textes, à de nouvelles catégories d'agents publics, seuls étaient concernés des magistrats. La création du corps des chambres régionales des comptes, concomitante à celle des juridictions du même nom, en constitue une parfaite illustration. Il a ainsi été prévu au dernier alinéa de l'article 84 de la loi du 2 mars 1982, relative à la décentralisation, que : « *Les membres de la chambre régionale des comptes sont des magistrats. Ils sont et demeurent inamovibles* ».

21. Mais qu'est-ce qu'un magistrat ? Dans un sens restreint, ce terme désigne : « *toute personne appartenant au corps judiciaire et investie, à titre*

¹¹¹ Par exemple, le polyptyque du « *jugement dernier* » réalisé par Rogier van der Weyden entre 1445 et 1449, le triptyque sur « *Le jugement dernier* » réalisé par Hans Memling entre 1467 et 1471, ou encore la fresque du « *jugement dernier* » peinte par Michel-Ange dans la Chapelle Sixtine, entre 1537 et 1541.

¹¹² P. Lavigne, *op. cit.*, p. 158.

professionnel, du pouvoir de rendre la justice ou de la requérir »¹¹³. Sont ici concernés, les magistrats du siège et du parquet relevant de l'Autorité judiciaire, et visés par les articles 64 et 65 de la Constitution. Suivant une acception élargie, dépassant le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, cette notion intègre également les membres de certains corps de fonctionnaires exerçant des fonctions analogues, au sein des juridictions administratives. Le plus souvent, cette qualification résulte des textes. Il en va ainsi des membres de la Cour des comptes, des magistrats des chambres régionales des comptes et, en vertu de l'article L. 222-2 du code de justice administrative, des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Mais cette liste pourrait apparaître insuffisante, à défaut de citer aussi les membres du Conseil d'Etat¹¹⁴. Enfin, il existe une conception de ce mot, émancipée de toute idée de carrière dans la fonction publique. Celle-ci a notamment été suggérée par le Professeur Renoux : « ...le magistrat est « l'officier civil qui rend (ou qui requiert) la justice ». Cette conception, fondée sur l'activité juridictionnelle de l'agent public, est la plus communément répandue aujourd'hui »¹¹⁵. En conséquence, il est possible de compléter la liste précitée, en mentionnant les différentes catégories de juges non professionnels, dont les juges consulaires, les conseillers prud'homaux, et les assesseurs des tribunaux paritaires des baux ruraux.

Cependant, en assimilant la qualité de magistrat à l'exercice de la fonction juridictionnelle, cette vision nie une réalité historique et étymologique. Sous l'Ancienne Monarchie, le terme employé pour désigner « l'état, la condition, la profession de juge... (et) par extension de tous ceux qui servent à l'administration de la justice », n'était pas celui de magistrat, mais celui de « *judicature* »¹¹⁶. En conséquence, certains juges se voyaient refuser l'appellation de « *magistrat* », comme les « *officiers de certaines juridictions particulières, et... (les) juges seigneuriaux* »¹¹⁷. En effet, ce terme trouve son origine dans les mots latins « *magister* » et « *magnus* ». Le premier signifie : « *celui qui commande, dirige, conduit* », ou encore : « *le maître qui enseigne* ». Le second exprime l'idée de grandeur, de noblesse, d'importance¹¹⁸. Sous l'Antiquité, Aristote concevait le

¹¹³ G. Cornu, *Magistrat, op. cit.*, 7^e éd., 2005, p. 565.

¹¹⁴ G. Cornu, *op. cit.*, 7^e éd., 2005, p. 565 ; P. Lavigne, *op. cit.*, p. 159.

¹¹⁵ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire...*, *op. cit.*, p. 150.

¹¹⁶ Dictionnaire de l'Académie française, 1^{ère} éd, 1694 ; 4^e éd., 1762 ; 4^e éd., 1798 ; 6^e éd., 1832-5 ; et 8^e éd., 1932-5.

¹¹⁷ J-F Féraud, *Dictionnaire critique de la langue française*, Mossy, Marseille, 1787-1788.

¹¹⁸ F. Gafiot, *op. cit.*, pp. 938-939.

magistrat comme celui qui assume des « *fonctions auxquelles a été donné le pouvoir de délibérer en certaines matières, d'y décider et d'y donner des ordres, et surtout ce dernier pouvoir* ». Au XVI^e siècle encore, Jean Bodin l'envisageait comme : « *l'officier qui a puissance en république de commander* »¹¹⁹. Dans sa conception originelle, le magistrat n'était donc pas assimilé à l'exercice de la justice, mais plutôt à l'idée d'une haute fonction politique ou administrative, nonobstant sa nature. Avant d'être un magistrat, il était d'abord le titulaire d'une « *magistrature* ». En raison de l'autorité attachée à cette fonction, il bénéficiait logiquement d'une certaine indépendance. Même si elle semble désormais revêtir un caractère désuet, cette conception n'en a pas pour autant disparu. La conciliant avec la vision actuelle, le Professeur Cornu en a par exemple déduit la définition suivante : il s'agit de « *toute personne relevant de l'ordre administratif ou judiciaire (ou les deux), et investie d'une charge publique (d'une magistrature) comportant soit un pouvoir juridictionnel soit le pouvoir de prendre ou de requérir des mesures en vue de l'application des lois ou de l'ordre public* »¹²⁰. Parmi les magistrats de l'ordre administratif, non titulaires d'un pouvoir juridictionnel, il cite en conséquence le Président de la République, les ministres, les préfets et les sous-préfets. Et il complète cette liste en mentionnant des magistrats appartenant aux deux ordres, tels que les maires, leurs adjoints et les commissaires de police.

22. Si cette acception initiale du terme « *magistrat* » tend à en préciser le sens, elle demeure néanmoins insuffisante. Elle fait effectivement abstraction de l'évolution de ce concept, entre l'Antiquité et la période contemporaine. Il semble qu'à partir du XVI^e siècle, les théoriciens de l'absolutisme aient entendu le distinguer de celui de « *souveraineté* ». Dans *Les six livres de la République*, Jean Bodin précise ainsi que : « *le magistrat, après le souverain, est la personne principale de la république, et sur lequel se déchargent ceux qui ont la souveraineté* ». Détenteur de la souveraineté, le roi cessait donc d'apparaître comme un magistrat, tandis que ceux qui recevaient cette qualification, se voyaient écartés de la sphère politique. Selon Joël Hautebert, il est « *fort probable* » que cette évolution conceptuelle ait été inspirée par la volonté de réaffirmer la soumission des parlements à la couronne¹²¹. Les officiers de ces cours souveraines avaient en effet hérité de l'appellation de magistrat au XIII^e siècle, avant même de devenir à proprement parler des juges. Ce faisant, le rapport d'adéquation entre le terme « *magistrat* » et la conception originelle de la « *magistrature* », a également été

¹¹⁹ J. Bodin, *Les six livres de la République*, livre III, chap. III., Gabriel Cartier, Paris, 1608, p. 392.

¹²⁰ G. Cornu, *Magistrat*, *op. cit.*, 7^e éd., 2005, p. 566.

¹²¹ J. Hautebert, *Magistrat*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 980.

rompu. Sous l'Antiquité, les magistrats occupaient la première place au sein de la cité, dans la mesure où ils exerçaient les fonctions publiques les plus éminentes. A partir du XVI^e siècle, en revanche, le magistrat se trouve ravalé au rang d'une autorité secondaire, nonobstant la magistrature exercée. C'est pourquoi, il peut être erroné de désigner le Président de la République sous le nom de magistrat. Il l'est uniquement au sens antique du terme, dans la mesure où il assume la « *magistrature suprême* ».

Pour autant, il ne faut pas voir dans cette évolution un abaissement total du mot « *magistrat* ». Au contraire, celui-ci s'est vu conforter dans son statut d'indépendance. L'exercice de la justice a pris l'ascendant dans la manière de concevoir le magistrat, désormais défini comme celui : « *qui a juridiction et empire* », puis comme un : « *officier établi pour rendre la justice, ou maintenir la police* ». En conséquence, le terme magistrat a progressivement perdu sa dimension politique et administrative, au profit d'une dimension plus neutre. En outre, en continuant à être rattaché à l'idée d'une haute fonction publique, le magistrat reste opposé au fonctionnaire, dont le propre est d'être soumis à une autorité hiérarchique. Une étape supplémentaire a été franchie à la fin du XVIII^e siècle, avec l'effacement de la conception antique du magistrat, au profit de la conception contemporaine. Sous l'influence de la théorie de la séparation des pouvoirs, venue renforcer le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires¹²², le terme magistrat s'est nettement spécialisé dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. Ainsi, dans son Répertoire universel et raisonné de jurisprudence de 1785, Guvot écrivait : « *qu'en France, on appelle magistrats les personnes préposées pour rendre la justice* ». Cette définition s'est encore affinée avec la séparation des contentieux administratif et judiciaire, caractérisée par la mise en œuvre de la théorie de l'administrateur-juge, puis la création de véritables juridictions administratives. Le mot magistrat a alors été plus particulièrement utilisé pour désigner « *les membres des cours de justice* » ou « *les membres de l'ordre judiciaire* ». ¹²³ Il a en conséquence acquis un sens bien distinct de celui des hauts fonctionnaires et des autres agents d'autorité soumis au Pouvoir exécutif, tels que les ministres, les préfets, les sous-préfets, les maires, leurs adjoints et les commissaires de police.

23. Ainsi, « *l'indépendance* » semble constituer un critère tout aussi important que celui de la fonction juridictionnelle, dans la définition du mot « *magistrat* ». Le magistrat n'est pas uniquement indépendant dans la mesure où l'exercice de cette activité le requiert, mais également parce que cette qualité est

¹²² Celui-ci trouve son origine dans l'édit de Saint-Germain de 1641, adopté sous la monarchie absolue.

¹²³ Dictionnaire de l'Académie française, 6^e éd., 1832, et 8^e éd. 1932-5.

inhérente à son statut. Cette optique semble pleinement intégrée en droit positif. Ainsi, dans son avis de relaxe du Procureur Apap, rendu en 1987, la Commission de discipline du parquet évoquait : le « *droit particulier à l'indépendance qui distingue fondamentalement le magistrat du fonctionnaire... ; l'indépendance des magistrats...a le caractère d'un principe de droit public et de valeur constitutionnelle...* »¹²⁴. C'est cette même exigence d'indépendance qui justifie le refus du Conseil constitutionnel de voir confier aux auditeurs de justice, des fonctions juridictionnelles normalement réservées aux magistrats du siège. Il a effectivement statué en ce sens, dans sa décision du 9 juillet 1970, après avoir souligné que : « *la participation des auditeurs de justice, avec voix délibérative, à l'activité juridictionnelle d'un tribunal de grande instance...est incompatible, eu égard au statut particulier desdits auditeurs, avec le principe de l'indépendance des juges tels qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution* »¹²⁵. S'ils exercent des fonctions juridictionnelles, les auditeurs de justice n'en sont pas pour autant des magistrats. Mais cette idée s'est trouvée exprimée avec une plus grande clarté encore, à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'Etat « *Syndicat de la juridiction administrative, Mme Balbin* », du 5 novembre 2003. Dans ses conclusions, le Commissaire du gouvernement Rémi Schwartz a effectivement défini les magistrats, comme : « *les personnes chargées de rendre la justice au nom du peuple français en toute indépendance* »¹²⁶.

Il faut voir dans cette conception, prenant en compte le critère de l'indépendance, une explication de l'attractivité actuelle du terme « *magistrat* ». Cette qualification fait en quelque sorte présumer de l'indépendance de son bénéficiaire. C'est ainsi que dans ses conclusions sur l'arrêt précité, Rémi Schwartz a établi une véritable typologie des magistrats, en fonction de leur degré d'indépendance assuré par les textes. Selon lui : « *Nous avons trois catégories de magistrats : les magistrats de l'ordre judiciaire dont le statut relève de la loi organique en vertu de la Constitution ; les autres magistrats dont le statut relève de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution ; et les magistrats des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, avec sans doute les membres du Conseil d'Etat, statutairement assimilés aux fonctionnaires et pour lesquels la loi fixe seulement les garanties fondamentales au sens de l'article 34 de la Constitution, mais aussi...les règles découlant du principe constitutionnel de l'indépendance des*

¹²⁴ Cité par G. Wolff, *Les magistrats*, RDP, novembre-décembre 1991, n° 6, p. 1652.

¹²⁵ CC, décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970.

¹²⁶ CE, arrêt du 5 novembre 2003, « *Syndicat de la juridiction administrative, Mme Balbin* », AJDA, 19 avril 2004, p. 827.

juridictions administratives »¹²⁷. Or, parmi toutes ces catégories, il n’y a guère que les membres de la première qui puissent à proprement parler, être désignés sous l’appellation de magistrats. Dans les autres cas, il s’agit de fonctionnaires¹²⁸ et de juges non professionnels exerçant des fonctions juridictionnelles, et qualifiés de magistrats dans la mesure où ils bénéficient d’une indépendance statutaire supérieure aux simples fonctionnaires et autres agents publics. Plus encore, alors que certains exercent des attributions juridictionnelles depuis plusieurs décennies voire plusieurs siècles, cette qualification leur a longtemps été déniée¹²⁹. Le fait de reconnaître à ceux-ci la qualité de magistrat, apparaît alors comme une espèce de consécration.

C . Le modèle d’indépendance

1°) Une garantie synonyme d’indépendance

24. Dans ces conditions, l’inamovibilité paraît figurer au premier rang des garanties d’indépendance statutaire accordées aux agents publics. En effet, comme cela a été indiqué précédemment, l’inamovibilité bénéficie en droit positif français, aux seuls magistrats. En d’autres termes, elle est une garantie qui semble bénéficier uniquement à des personnes dont l’indépendance est inhérente, à la fois à leur statut de magistrat et à leurs attributions juridictionnelles. Ce sentiment se trouve renforcé par l’exclusion de certaines catégories de « magistrats », du bénéfice de l’inamovibilité. D’une part, les textes refusent cette garantie aux magistrats chargés de requérir la justice au nom de l’Etat, et qui se trouvent en conséquence soumis à l’autorité hiérarchique du garde des Sceaux. Ainsi, alors même que leur statut relève de la loi organique en vertu de l’article 64 de la Constitution, les magistrats du parquet de l’ordre judiciaire ne sont pas inamovibles. *A contrario*, cette garantie est

¹²⁷ CE, arrêt du 5 novembre 2003, « *Syndicat de la juridiction administrative, Mme Balbin* », AJDA, 19 avril 2004, p. 827.

¹²⁸ Les membres de la Cour des comptes, des chambres régionales des comptes, et du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d’appel, sont également concernés. Bien qu’ils soient formellement qualifiés de « magistrats », ils demeurent avant tout des fonctionnaires, en partie soumis au statut général de la fonction publique.

¹²⁹ Il en est allé ainsi pour les membres du corps des tribunaux administratifs et de cours administratives d’appel. Tandis que les tribunaux administratifs ont été créés par un décret du 30 septembre 1953, leurs membres se sont vu reconnaître la qualité de magistrats, uniquement avec la loi du 6 janvier 1986. Les juges des conseils de prud’hommes, institués sous le Premier Empire, ont seulement été conçus comme des magistrats au sens de l’article 34 de la Constitution, avec la décision du Conseil constitutionnel n° 91-166 DC du 13 juin 1991. Par assimilation, les juges des tribunaux de commerce, trouvant leur origine au XVI^e siècle, devraient également pouvoir être considérés comme des magistrats. Enfin, les membres du Conseil d’Etat, qui n’ont reçu cette qualification ni des textes ni de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ont été assimilés à des magistrats dans les conclusions sur l’arrêt « *Syndicat de la juridiction administrative, Mme Balbin* ».

seulement accordée aux magistrats chargés de fonctions de jugement, c'est à dire aux juges. Or, ces derniers constituent le cœur même de l'activité juridictionnelle. D'autre part, cette garantie n'est jamais attribuée par les textes, aux personnes que ces derniers ne qualifient pas expressément de « magistrat ». La situation des membres du Conseil d'Etat et des « magistrats » non professionnels, en constitue une parfaite illustration. Ceux-ci sont certes, sans aucun doute des magistrats au sens de la définition proposée par Rémi Schwartz. Néanmoins, faute de recevoir cette qualification de la Constitution ou de la loi, l'inamovibilité ne leur a pas été formellement reconnue jusqu'ici.

Cette importance de l'inamovibilité se trouve pleinement relayée et même amplifiée par la doctrine. Elle n'y est plus seulement représentée comme « une » garantie de premier rang, mais comme « la » première garantie d'indépendance statutaire du magistrat. Dans l'énumération de celles-ci, l'inamovibilité figure traditionnellement à la première place. Il en va par exemple ainsi, dans les écrits de Raoul de La Grasserie, Charles Eisenmann, Marcel Waline, Victor Silvera, ou encore Roger Perrot¹³⁰. Une partie de la doctrine est allée plus loin, en considérant que l'inamovibilité ne constitue pas simplement « la première », mais « la » garantie d'indépendance statutaire des magistrats. En ce sens, René Jacquelin voyait dans l'inamovibilité, un élément essentiel, voire suffisant de l'indépendance du juge¹³¹. Adhémar Esmein estimait en conséquence qu'il importait peu d'encadrer le mode de nomination des magistrats, dans la mesure où l'inamovibilité suffisait à les faire échapper à l'emprise du Pouvoir exécutif¹³². Au début de la V^{ème} République, Charles Eisenmann relevait également que : « *la tradition des juristes occidentaux a été de mettre l'accent, de concentrer toute l'attention ou presque sur une seule question, sur un seul point, l'inamovibilité* »¹³³. Enfin, beaucoup plus récemment, Roger Perrot soulignait que : « *Les garanties d'indépendance sont dominées par un principe essentiel qui semble les résumer toutes : le principe de l'inamovibilité* »¹³⁴.

¹³⁰ R. de La Grasserie, *La justice en France...*, op. cit., vol. 1, p. 168 ; C. Eisenmann, *La justice dans l'Etat*, VII La justice, PUF, Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisées, Université d'Aix-Marseille, 1961, p. 48 ; M. Waline, *Pouvoir exécutif et justice*, op. cit., p. 100 ; V. Silvera, *La fonction publique et ses problèmes*, éd. de L'actualité juridique, 1969, p. 40 ; Monique Pauti, op. cit., p. 164 ; G. Wolff, op. cit., p. 1653 ; J.-M. Varaut, *Indépendance*, op. cit., p. 624 ; R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op. cit. 12^e éd., 2006, p. 300.

¹³¹ R. Jacquelin, *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, éd. Giard, Paris, 1881, p. 387, cité par J.-P. Théron, *De l'indépendance du juge judiciaire dans la doctrine française*, Gazette du Palais, 1976, p. 650.

¹³² A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. 1, Recueil Sirey, Paris, 8^e éd., 1927, p. 559, cité par J.-P. Théron, *De l'indépendance du juge...*, op. cit., p. 650.

¹³³ C. Eisenmann, *La justice dans l'Etat*, op. cit., p. 48.

¹³⁴ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op. cit., 12^e éd., 2006, p. 299.

Or, comme cela a déjà été souligné, le système juridictionnel français s'insère dans un modèle européen-continentale, qui privilégie une approche « *personnelle* » de l'indépendance judiciaire, et qui relègue au second rang l'indépendance « *fonctionnelle* ». Dès lors, l'inamovibilité ne fait plus seulement figure de garantie « *suffisante* » de l'indépendance « *individuelle* » du magistrat, mais également de condition essentielle de l'indépendance judiciaire.

2°) Une garantie érigée en modèle

25. Ainsi érigée en synonyme d'indépendance, l'inamovibilité est de nature à apparaître comme un véritable « *modèle* » pour d'autres catégories d'agents publics, c'est-à-dire comme une garantie qui : « *grâce à ses caractéristiques, à ses qualités, peut servir de référence à l'imitation ou à la reproduction* »¹³⁵. Déjà considérée comme un « *antique et tutélaire principe* »¹³⁶ au milieu du XIXe siècle, l'inamovibilité des magistrats a traversé les âges et les régimes politiques, depuis l'époque médiévale jusqu'à aujourd'hui. Érigée en Loi fondamentale du royaume à la veille de la Révolution, elle a été reprise et consacrée dans la presque totalité des Constitutions qui se sont succédées depuis 1791. De ce fait, l'inamovibilité bénéficie d'un prestige qui dépasse la seule magistrature judiciaire elle-même. Il semble que lui soit reconnue, pour reprendre la définition du « *modèle* » juridique¹³⁷ donnée par le Professeur Cornu, cette « *valeur exemplaire* » susceptible d'en faire une « *source d'inspiration* » pour l'élaboration et l'amélioration du statut d'autres catégories d'agents publics. Force est d'ailleurs de constater que pour la plupart de ces dernières, la jouissance de cette garantie apparaît comme un idéal à atteindre. Et parmi elles, certaines n'hésitent pas à se proclamer bénéficiaires d'une « *inamovibilité de fait* » ou d'une « *inamovibilité coutumière* », faute de s'être vues expressément conférer une telle garantie statutaire. Au-delà, une tentative d'inventorisation des « *personnes (qualifiées d')inamovibles dans les services publics français* »¹³⁸, révèle une liste qui dépasse largement celle des « *magistrats inamovibles* », au sens strict du terme.

Parmi les personnes appartenant au service public de la justice, sont tout d'abord qualifiés d'« *inamovibles* », en application des articles 64 *in fine* de la Constitution, et 4 alinéa 1^{er} de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, les

¹³⁵ Dictionnaire Trésor, Centre national des ressources textuelles et lexicales, www.cnrtl.fr.

¹³⁶ Extrait du discours prononcé par le Premier avocat général Berville, à la cour d'appel de Paris, le 5 novembre 1849, *Gazette des tribunaux*, 6 novembre 1849.

¹³⁷ G. Cornu, *Modèle*, *op. cit.*, 8^e éd., 2007, p. 595.

¹³⁸ Titre de l'article de P. Lavigne, *op. cit.*, pp. 157-169.

magistrats du siège de l'ordre judiciaire. Les membres de la Cour de comptes sont également qualifiés de magistrats « *inamovibles* », par l'article L. 120-1 du code des juridictions financières. Les magistrats des chambres régionales de comptes se sont formellement vus reconnaître le bénéfice de cette garantie, par le dernier alinéa de la loi du 2 mars 1982, au moment de la création des juridictions du même nom. Le terme « *inamovible* » n'est en revanche pas utilisé à l'égard des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, qualifiés de magistrats par l'article 1^{er} du 6 janvier 1986, lorsqu'ils exercent des fonctions juridictionnelles. Selon la doctrine, ce texte en admettrait néanmoins le contenu, en reprenant la formule de l'article 4 alinéa 2 du Statut organique précité. Les membres du Conseil d'Etat bénéficieraient quant à eux, d'une inamovibilité découlant d'une « *coutume plus que séculaire* »¹³⁹. Enfin, les juges non professionnels désignés par la voie de l'élection, disposeraient d'une inamovibilité de fait pendant la durée de leur mandat¹⁴⁰.

Au-delà du service public de la justice, certaines catégories d'agents publics sont également qualifiées d'inamovibles, en dépit du silence des textes. Il en irait ainsi des membres du Conseil constitutionnel. Par exemple, le Professeur Waline s'était exprimé en ce sens, dans sa préface de la première édition des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*¹⁴¹. Cette garantie serait également reconnue aux membres de certaines autorités administratives indépendantes, tels que ceux de l'Autorité de sécurité nucléaire¹⁴², de l'Autorité de contrôle technique de l'environnement sonore des aéroports¹⁴³, de la Commission de contrôle des assurances et de l'Autorité de régulation des télécommunications¹⁴⁴, ou encore au

¹³⁹ J.-M. Auby, R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, LGDJ, 1^{ère} éd., 1962, p. 169.

¹⁴⁰ G. Wolff, *op. cit.*, p. 1653.

¹⁴¹ Texte repris dans : L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Grands arrêts, Paris, 13 éd., 2005, p. XVI ; Service des études juridiques, *La composition des cours constitutionnelles*, Les documents de travail du Sénat, série droit comparé, n° 179, novembre 2007, p. 5.

¹⁴² H. Revol et B. Sido, rapport n° 231 fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan, relatif à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, Sénat, 1^{er} mars 2006, p. 27 ; propos de Nelly Olin, ministre, lors de la séance du 7 mars 2006 au Sénat, et de la 2^e séance du 28 mars 2006 à l'Assemblée nationale.

¹⁴³ J.-F. Legrand, avis n° 68 réalisé au nom de la commission des affaires économiques, sur le projet de loi de finance pour 1999, t. 19, Sénat, 19 novembre 1998.

¹⁴⁴ J. Douvreur, O. Douvreur, *op. cit.*, p. 336.

nouveau Défenseur des droits¹⁴⁵. Dans le domaine universitaire, une « *inamovibilité de fait* » aurait bénéficié aux recteurs sous les III^{ème} et IV^{ème} Républiques¹⁴⁶, et l'inamovibilité s'étendrait aujourd'hui aux professeurs, aux maîtres de conférences¹⁴⁷, voire à l'ensemble des enseignants-chercheurs¹⁴⁸. Enfin, dans la sphère connexe de la recherche, il conviendrait de citer encore, les membres de l'Académie française¹⁴⁹ et plus largement ceux de l'Institut de France, les professeurs du Muséum national d'histoire naturelle, du Conservatoire national des arts et métiers, et du Collège de France¹⁵⁰, ainsi que les chefs de département du Palais de la découverte¹⁵¹.

D . L'appréciation du modèle

26. L'application du terme « *inamovible* » à des personnes qui ne sont pas toutes à proprement parler des magistrats, et qui ne bénéficient pas nécessairement de cette garantie expresse, apparaît ainsi révélatrice de cette idée de « *modèle* ». Cependant, pour que l'inamovibilité puisse être véritablement perçue comme telle, elle doit encore pouvoir faire l'objet d'une approche réaliste. Cela implique, de prime abord, que cette garantie puisse être adéquatement transposée aux autres catégories d'agents publics. Mais cela suppose surtout l'existence d'une analogie raisonnable entre, d'une part, la réalité idéale à laquelle renvoie l'inamovibilité des magistrats, et, d'autre part, la réalité concrète de celle-ci. Or, l'inamovibilité des magistrats se trouve confrontée, de ce point de vue, à trois obstacles.

¹⁴⁵ P. Gélard, rapport n° 482 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits et sur le projet de loi relatif au Défenseur des droits, Sénat, 19 mai 2010, p. 49 .

¹⁴⁶ Selon M. Chevalier, *La fonction rectorale : la fin des recteurs inamovibles*, La Revue administrative, n° 175, 1977, pp. 9-18. Cité in P. Lavigne, *op. cit.*, p. 158.

¹⁴⁷ P. Lavigne, *op. cit.*, respectivement pp. 159 et 167.

¹⁴⁸ Y. Fréville, rapport d'information n° 54 fait au nom de la commission des finances sur la politique de recrutement et la gestion des universitaires et des chercheurs, Sénat, 6 novembre 2001, p. 94.

¹⁴⁹ www.academie-francaise.fr/.

¹⁵⁰ P. Lavigne, *op. cit.*, respectivement pp. 159 et 168 ; G. Hage, question écrite n° 28985 posée au ministère de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie, publiée au JO du Sénat du 26 avril 1999, et réponse publiée au JO du Sénat du 5 mai 1999.

¹⁵¹ « *Les responsables de département jouissent d'une inamovibilité de fait* », extrait de : P. Adnot, rapport d'information n° 354 fait au nom de la commission des finances sur la situation du Palais de la découverte, Sénat, 27 juin 2007, p. 27.

1°) Un modèle limité

27. La première difficulté que connaît l'inamovibilité des magistrats, est d'ordre *ratione personae*. Celle-ci tient à ce que les bénéficiaires actuels de cette garantie, sont des agents pour qui l'indépendance revêt une importance fondamentale. Bien plus qu'une simple protection contre les risques d'abus du Pouvoir politique, l'indépendance constitue pour les magistrats une condition même de leur légitimité et de celle du service public de la justice. Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs pas manqué de mettre en exergue ce trait de caractère à l'occasion de ses décisions. C'est ainsi qu'en vertu d'une jurisprudence constante, il juge que le « *principe d'indépendance...est indissociable de l'exercice des fonctions judiciaires* », voire plus largement « *des fonctions juridictionnelles* »¹⁵². De même, en ce fondant sur les : « *dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et (les) principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative* », l'Hôte de la rue de Montpensier tend, également au terme d'une jurisprudence constante, à insister sur : « *l'indépendance des juridictions...ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions* »¹⁵³. Or, cette exigence d'indépendance ne trouve pas d'équivalent pour l'immense majorité des autres agents de l'Etat. Ces derniers sont bien au contraire soumis à la lettre de l'article 20 alinéa 2 de la Constitution, qui prévoit que le Gouvernement : « *dispose de l'administration et de la force armée* ».

Bien entendu, il est vrai que les agents publics sont tenus à un impératif de neutralité, qui n'est pas sans rappeler le devoir d'impartialité qui caractérise les magistrats. Toutefois, alors que les premiers doivent être neutres dans l'exercice de leurs fonctions d'exécution, les seconds supposent d'être impartiaux dans l'exercice de fonctions qui les conduisent à se prononcer : « *librement en leur âme et conscience (et à) observer exclusivement la Constitution et les lois* »¹⁵⁴. Dans ces conditions, une transposition de l'inamovibilité devrait uniquement pouvoir être envisagée vis-à-vis de catégories d'agents publics, dont les fonctions requièrent un degré d'indépendance équivalent à celui qui est exigé des magistrats du siège de l'ordre judiciaire.

¹⁵² CC, décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, cons. 64 ; CC, décision n° 98-396 DC du 19 février 1998, cons. 17 ; CC, décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 15.

¹⁵³ CC, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 ; CC, décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, cons. 6.

¹⁵⁴ Article 76 § 2 de la Constitution japonaise du 3 novembre 1946.

28. Au surplus, il convient de souligner qu'une volonté d'étendre le bénéfice de l'inamovibilité à des catégories d'agents publics dont les fonctions n'impliquent pas un même degré d'indépendance, pourrait avoir des conséquences préjudiciables pour l'intégrité de cette notion. Il est certain que l'extension du champ d'application des termes « *inamovible* » et « *inamovibilité* » à d'autres agents publics, apparaît mue par un souci bienveillant de renforcer leur indépendance. Néanmoins, il est possible de s'interroger sur les limites de cette extension. Au-delà d'un certain seuil, le sens et la portée de ce mot risqueraient de se trouver dénaturés. Ainsi, à l'idée suivant laquelle l'inamovibilité serait synonyme de fonctions viagères, certains opposent que cette garantie est parfaitement compatible avec des fonctions à temps. C'est ce qui justifie l'application de ce terme à des agents publics tels que les juges élus ou les membres du Conseil constitutionnel. Pourtant, le Conseil constitutionnel relève à propos des seuls « *magistrats inamovibles* » dont la qualité ne fait aucun doute, en l'occurrence les magistrats du siège de l'ordre judiciaire, que : « *...les fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire* »¹⁵⁵. Un tel considérant peut conduire à se demander si l'inamovibilité ne devrait pas, en principe, être réservée à des agents qui entendent se consacrer à la même activité professionnelle jusqu'à l'âge de leur départ en retraite.

De la même façon, en réponse à une question écrite posée en 2005 par un député, concernant la responsabilité des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, les services du ministère de la justice avaient pu apporter la réponse suivante : « *...la mesure de déplacement d'office constitue en soi une sanction disciplinaire, au demeurant très lourde pour un membre du corps des magistrats administratifs, puisqu'elle conduit à écarter la garantie d'inamovibilité dont bénéficient ces magistrats en vertu de l'article L. 231-3 du code de justice administrative* »¹⁵⁶. Or, il est possible de s'interroger sur le degré d'exactitude d'une telle assertion, qui conduit à faire de l'inamovibilité un synonyme d'« irrévocabilité ». L'année suivante, dans une question écrite posée en 2006, un autre député attirait l'attention du garde des Sceaux sur la durée des fonctions des magistrats, en soulignant que : « *si la durée en fonction des juges est une preuve de stabilité et d'expérience, une trop longue durée peut aussi donner une*

¹⁵⁵ CC, décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, cons. 64 ; CC, décision n° 93-336 DC du 27 janvier 1994 ; CC, décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, cons. 8.

¹⁵⁶ F. Cornut-Gentille, question écrite n° 60202 publiée au JO de l'Assemblée nationale du 15 mars 2005, et réponse du ministère de la justice publiée au JO de l'Assemblée nationale du 24 mai 2005.

*désagréable impression d'inamovibilité... »*¹⁵⁷. Ces propos laissent songeurs, ici encore, puisqu'ils révèlent une réelle méconnaissance de l'inamovibilité. Passé un seuil, cette garantie encourt donc le risque de verser dans l'oubli.

29. Cette première limite, si elle fait obstacle à une extension élargie de l'inamovibilité, ne remet cependant pas en cause la valeur susceptible d'être attachée à cette dernière. Comme garantie d'indépendance, l'inamovibilité est susceptible de rester une « *source d'inspiration* » pour l'amélioration du statut des autres catégories d'agents publics. Elle apparaît alors, à proprement parler, comme un « étalon » en matière de garanties d'éviction, et non comme un objectif à atteindre nécessairement. En revanche, il appartient de faire état de deux autres difficultés de nature à préjudicier durablement à celle-ci.

2°) Un modèle refusé

30. La seconde difficulté à laquelle l'inamovibilité des magistrats se trouve confrontée, dans sa capacité à constituer un modèle, réside dans l'aversion dont elle fait paradoxalement l'objet. Cette garantie est en effet souvent associée, dans l'imaginaire collectif, à l'idée d'un magistrat soustrait à toute autorité. Cette idée ressort notamment de l'assimilation du terme « *inamovible* », aux termes « *irrévocable* » et « *irresponsable* ». La première association semble s'inscrire dans une tradition plus que séculaire. Ainsi, tandis que dans son *Traité des lois* de 1825¹⁵⁸, Guillaume Carré écrivait que le meilleur moyen d'assurer « *l'indépendance des juges* », était de les « *constituer...inamovibles* », il poursuivait en écrivant que : « *...l'irrévocabilité est bien moins une prérogative des magistrats qu'un droit de la nation* ». Beaucoup plus récemment, en 1998, Jean et Olivier Douvreur relevaient encore, à propos des autorités administratives indépendantes, que : « *Cette garantie essentielle (l'inamovibilité) est quelquefois formulée par les textes...qui prévoient que les membres de ces institutions « ne peuvent être révoqués » ou « ne sont pas révocables »* »¹⁵⁹. L'amalgame entre l'« *inamovibilité* » et l'« *irresponsabilité* » revêt quant à lui un caractère plus ponctuel, étant principalement associé aux crises cycliques que traverse la justice française depuis l'Ancienne Monarchie. C'est ainsi qu'au moment des travaux préparatoires à la loi du 30 août 1883, le Député Gerville-Réache était intervenu devant la chambre basse, en déclarant que : « *Les magistrats inamovibles rendent la justice sans avoir à rendre de compte à personne de ce qu'ils*

¹⁵⁷ E. Raoult, question écrite n° 105554 publiée au JO de l'Assemblée nationale du 3 octobre 2006, et demeurée sans réponse du ministère de la justice.

¹⁵⁸ G. Carré, *Traité des lois de l'organisation judiciaire et de la compétence des juridictions civiles*, t. 1, éd. P. Dupont et Cailleux, Paris, 1833, p. 126.

¹⁵⁹ J. Douvreur, O. Douvreur, *op. cit.*, p. 336.

décident...ils jugent et ils ne seront pas jugés. Il est évident qu'ils sont irresponsables »¹⁶⁰.

« Irrévocable » et « irresponsable », le magistrat inamovible est dès lors suspecté de pouvoir exercer ses fonctions de manière arbitraire. Ce dernier terme revêt d'ailleurs historiquement une double signification, susceptible de prêter à confusion. Est arbitraire : « *un pouvoir souverain qui n'a pour règle que la volonté de celui qui le possède* », mais également : « *ce qui dépend de la volonté des juges* »¹⁶¹. Cette suspicion se trouve renforcée par l'image, souvent dommageable, véhiculée à l'égard des magistrats au sein de la société. En ce sens, pendant la présidence italienne de l'Union européenne, en 2005, le Président du Conseil, Silvio Berlusconi, aurait déclaré : « *...les juges sont mentalement dérangés, pour faire un travail de juge, il faut avoir des troubles psychiques, et si les juges font ce travail, c'est parce qu'ils sont anthropologiquement différents du reste de la race humaine* »¹⁶². L'inamovibilité acquiert ainsi automatiquement, du fait du lien étroit qu'elle entretient avec la magistrature, une dimension péjorative. La limitation de la durée de certaines fonctions juridictionnelles, a ainsi été votée afin d'éviter « *toute appropriation* » par le juge de celles-ci. De même, la dernière réforme du Conseil supérieur de la magistrature, intervenue à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, a essentiellement été entreprise dans un souci de limiter le « *corporatisme judiciaire* ». Cette vision dépasse y compris la sphère juridictionnelle proprement dite. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, le Sénateur Voynet a pu affirmer devant le Sénat, que : « *L'inamovibilité des membres...sont autant d'éléments qui me paraissent être de nature à jeter un doute sur l'indépendance* » de l'Autorité de sûreté nucléaire¹⁶³. Enfin, dans un article de 2008 consacré à « *L'affaire Siné* », un journaliste du Monde diplomatique s'est référé au « *tribunal de l'inquisition et ses juges inamovibles* », pour critiquer certaines personnalités du monde littéraire¹⁶⁴.

Mais cette défiance se trouve encore exacerbée, en raison de la place occupée par la justice dans la société. Celle-ci apparaît effectivement comme l'une de ces

¹⁶⁰ G. Gerville-Réache, JO, Débats, Chambre des députés, 1883, p. 138.

¹⁶¹ Dictionnaire de l'Académie française, 1^{ère} éd., 1694.

¹⁶² Cité in Syndicat national de la magistrature, *La justice au défi de la démagogie*, J'essaime, n° 13, septembre 2005, p. 1.

¹⁶³ D. Voynet, séance du 7 mars 2006, Sénat.

¹⁶⁴ P. Rimbart, *Antisémitisme : échec d'un chantage*, Le Monde diplomatique, 24 juillet 2008.

magistratures « *dont la trinité mystérieuse constitue la souveraineté* »¹⁶⁵. Le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de le rappeler dans sa décision du 5 mai 1998, en jugeant que : « *les fonctions juridictionnelles sont inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale* »¹⁶⁶. Or, cette justice connaît une véritable montée en puissance depuis les années 1970, expliquée par la juridicisation et la judiciarisation croissantes de la société. L'inamovibilité apparaît dans ces conditions associée à la crainte d'un « pouvoir judiciaire », dont l'essor représenterait un danger pour le Pouvoir politique. Dans une question écrite au ministère de la justice, le Sénateur Hamel dénonçait ainsi en 1994 : « *...une dérive...une tentation de certains juges de créer une jurisprudence contraire à la loi...Les magistrats ne sont pas là pour faire la loi. Ils sont là pour l'appliquer et la faire respecter...il n'y a rien de plus irritant pour les forces de police et pour la population que de constater que la loi n'est pas appliquée* »¹⁶⁷. Après lui avoir répondu qu'il ne lui appartenait pas de porter une appréciation sur les décisions rendues par les « *magistrats du siège indépendants et inamovibles qui statuent souverainement* », le ministère devait connaître, trois ans plus tard, d'une autre question beaucoup plus explicite en ce sens. Selon le sénateur Balarello : « *De plus en plus d'auteurs, magistrats, avocats, professeurs de droit s'inquiètent de ce qu'il est connu d'appeler l'apparition d'un troisième pouvoir qu'est le pouvoir judiciaire...Au moment où le Président de la République est partisan de rompre le lien existant entre la chancellerie et les parquets...il est évident...que le troisième pouvoir sera établi, avec toutes les dérives possibles pour un pouvoir non soumis au suffrage du peuple et de surcroît inamovible* »¹⁶⁸.

3°) Un modèle contesté

31. Mais l'objection la plus importante à la reconnaissance d'un « *modèle* » dans l'inamovibilité des magistrats, réside dans l'affirmation de sa valeur mythique. Le Garde des Sceaux Michel Debré avait défendu cette thèse avec une rare intensité, à l'occasion des travaux préparatoires à la Constitution de la V^{ème} République. En 1958, celui-ci avait effectivement pu déclarer, devant les membres du Comité consultatif constitutionnel : « *Je voudrais vous dire...que, depuis des années et des années, l'affirmation d'inamovibilité n'a en aucune façon assuré l'indépendance de*

¹⁶⁵ J. Barthélémy, P. Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1926, p. 848.

¹⁶⁶ CC, décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, cons. 13-18.

¹⁶⁷ E. Hamel, question écrite n° 05879 publiée au JO du Sénat du 21 avril 1994, et réponse du ministère de la justice publiée au JO du Sénat du 30 juin 1994.

¹⁶⁸ J. Balarello, question écrite n° 01675 publiée au JO du Sénat du 24 juillet 1997, et réponse du ministère de la justice publiée au JO du 15 janvier 1998.

la magistrature. Nous sommes en présence d'une sorte de mythe »¹⁶⁹. L'année suivante, le Professeur Hébraud devait s'inscrire dans son sillon, en évoquant à son tour : « *la valeur mythique de l'inamovibilité* ». En 1960, l'Union fédérale des magistrats publia en conséquence dans *Le Pouvoir judiciaire*, un article intitulé : « *L'inamovibilité... Un mythe ?* »¹⁷⁰.

Pour les partisans de cette thèse, il est pour partie possible de reprocher à l'inamovibilité d'avoir été dépassée par les garanties attachées au système de la carrière. En ce sens, Michel Debré soutenait devant le Comité consultatif constitutionnel, que : « *depuis qu'il y a la carrière des fonctionnaires et le statut de la fonction publique, le principe de l'inamovibilité a paru une bien petite chose à côté des garanties de carrière que pouvaient donner une organisation de la carrière ou un statut de la fonction publique* ». Il conviendrait donc à l'agent public de rechercher principalement son indépendance, dans l'assurance d'un déroulement normal de sa carrière. Cette idée a par suite été reprise par le Professeur Casamayor, qui écrivait non sans raison que : « *L'inamovibilité peut être un moyen parmi d'autres, mais on ne saurait la confondre avec l'indépendance pas plus que le muscle ne se confond avec le mouvement... Elle n'est plus qu'une sorte d'apanage... Les assurances de l'avancement sont plus appréciées que celles de l'inamovibilité* »¹⁷¹. Franchissant une étape supplémentaire, certains auteurs ont également estimé que le système de carrière assurait au fonctionnaire une indépendance statutaire supérieure à celle du magistrat inamovible. Suivant cette approche, le Professeur Hébraud écrivait : « *...la dégénérescence de l'inamovibilité tient à ce qu'elle est purement statique... les fonctionnaires ont dans cette perspective (celle de la carrière), conquis des garanties de plus en plus solides ; c'est désormais en liaison avec elles, parfois par imitation que progresse le statut de la magistrature* »¹⁷².

32. A l'occasion de ce mouvement de « désacralisation de l'inamovibilité », certains en ont donc déduit que cette dernière serait une garantie inutile, au point de pouvoir être supprimée sans entraîner d'incidence sur l'indépendance de ses bénéficiaires. Michel Debré devait d'ailleurs se prononcer en ce sens, devant les

¹⁶⁹ Comité consultatif constitutionnel, séance du 5 août 1958, in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. II, La documentation française, 1988, p. 163.

¹⁷⁰ P. Bézio, « *Sur l'insuffisance des garanties de carrière accordées aux magistrats – L'inamovibilité... un mythe ?* », *Le Pouvoir judiciaire*, n° 1960, mars 1960, pp. 1-2.

¹⁷¹ L. Casamayor, *La justice, l'homme et la liberté*, éd. Arthaud, Paris, 1964, p. 66.

¹⁷² P. Hébraud, *L'autorité judiciaire*, Dalloz, chronique, 1959, p. 81.

membres du Comité consultatif constitutionnel : « ...croyez-moi, je préférerais que l'on supprime : « les magistrats du siège sont inamovibles », et que l'on maintienne l'affirmation d'indépendance des magistrats, car c'est là qu'est l'avenir de la réforme, ce n'est pas dans l'affirmation répétée de ce qui est devenu en réalité un mythe ». Dix ans plus tard, Charles Laroche-Flavin ne s'exprimait pas autrement, quoiqu'avec une certaine ironie, en affirmant que : « ...le pouvoir ne gagnerait rien à supprimer le privilège historique de l'inamovibilité. Il tient les magistrats assis ou debout par l'avancement »¹⁷³.

33. Ainsi que cela ressort des développements qui précèdent, le présent de l'inamovibilité des magistrats apparaît donc dominé par un profond paradoxe. Entendue comme une garantie exorbitante d'indépendance, celle-ci serait à la fois, en l'état du droit positif, un « modèle » et un « mythe ».

34. Le constat d'une telle contradiction semble devoir appeler trois remarques immédiates. De prime abord, il convient *a priori* de penser que, dans l'hypothèse où l'inamovibilité constituerait intrinsèquement un « mythe », elle ne devrait pas pouvoir être regardée comme un « modèle » de garantie d'indépendance. Ensuite, alors même que la question de la suppression de l'assise constitutionnelle de cette protection, avait été soulevée lors des travaux préparatoires à la Constitution de la V^{ème} République, force est de souligner que la déclaration faite en ce sens par le Garde des Sceaux Michel Debré, n'a finalement pas été suivie d'effet. Bien au contraire, à la récente question d'un député qui lui demandait de prendre des mesures pour « faire de la justice un vrai pouvoir indépendant », l'actuel ministre de la justice a pu apporter la réponse suivante : « Le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire est posé par l'article 64 de la Constitution...Ce principe se traduit notamment par l'inamovibilité des magistrats du siège, prévue par l'article 64 de la Constitution »¹⁷⁴. Enfin, il convient d'observer une nouvelle fois que l'inamovibilité entretient, dans l'approche dont elle fait l'objet, un lien particulièrement étroit avec le corps et la justice judiciaires. Difficilement susceptible de pouvoir être appréhendée de manière autonome, elle est, et reste, d'abord perçue sous le prisme du magistrat du siège de l'ordre judiciaire.

¹⁷³ C. Laroche-Flavin, *La machine judiciaire*, éd. Seuil, Paris, 1968.

¹⁷⁴ Question écrite n° 104979 posée par la Député Monique Boulestin au garde des Sceaux, ministre de la justice, Assemblée nationale, JO, 12 avril 2011, p. 3554. Réponse du garde des Sceaux, Assemblée nationale, JO, 26 juillet 2011, p. 8177.

Dans ces conditions, il peut sembler approprié de chercher à lever le paradoxe mis en exergue, en s'interrogeant à la fois sur les causes extrinsèques qui ont conduit à associer l'inamovibilité à un « *mythe* », et au-delà sur les raisons inhérentes à sa fonction qui permettent de la concevoir comme un « *modèle* ». Ce faisant, la résolution de cette contradiction conduit à adopter une approche scientifique de l'inamovibilité, qui rejoint celle que défendait le Professeur Jèze vis-à-vis des problèmes de droit administratif de son époque. L'Universitaire écrivait alors, au début du XXe siècle, que : « *Les problèmes de droit...doivent être étudiés en se plaçant à deux points de vue : 1° le point de vue de la technique juridique ; 2° le point de vue politique...Bien des points de technique juridique s'éclairent à la lumière du point de vue politique... Négliger l'un ou l'autre point de vue – le technique ou le politique – c'est à mon avis, laisser de côté un des éléments essentiels du problème en examen ; c'est ne s'occuper que d'une face de la question ; celui qui décrit les institutions...du seul point de vue politique ou du seul point de vue juridique, les défigure. Encore une fois, tout exposé est incomplet qui ne met pas en relief : 1° le but à atteindre et le milieu (social, politique, économique) (point de vue politique) ; 2° les moyens juridiques employés pour atteindre ce but (point de vue technique) ; 3° les résultats pratiques de l'institution étudiée ; ces résultats montrent dans quelle mesure les moyens juridiques employés étaient adéquats au but poursuivi et au milieu* »¹⁷⁵.

35. Or, le milieu dans lequel évolue l'inamovibilité des magistrats s'analyse d'abord, en France, comme celui des relations entre la justice et le Pouvoir politique. Celles-ci revêtent un caractère historiquement conflictuel. Attribuée dès l'origine à des personnes chargées d'une fonction de souveraineté, puis associée aux excès des parlements de l'Ancien Régime, l'inamovibilité s'est trouvée traditionnellement suspectée à partir de la Révolution, de pouvoir favoriser l'émergence d'un « pouvoir judiciaire ». Cette crainte d'une magistrature inamovible, susceptible de se placer en dehors de l'Etat et de contester le pouvoir des représentants élus de la Nation, a dès lors pu se traduire par une volonté du Pouvoir politique, d'affaiblir la portée de cette garantie d'indépendance. La première partie de cette étude se proposera dès lors de démontrer que la condition actuelle de l'inamovibilité est, en droit français, celle d'une garantie ancienne transformée en « *mythe* » (**Partie I**).

Une fois démontrée l'incidence du contexte politique dans lequel elle s'insère, sur sa qualification de « *mythe* », il conviendra alors de déterminer les conditions dans lesquelles l'inamovibilité pourra raisonnablement être analysée comme un « *modèle* ». Tel va être l'objet de l'examen de sa finalité. Si l'inamovibilité reste

¹⁷⁵ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif – Tome I : la technique juridique du droit public français*, Dalloz-Sirey, Bibliothèque Dalloz, rééd. 2005, Paris, pp. 5-6.

avant tout appréciée, en l'état du droit positif, par rapport à l'indépendance qu'elle confère au magistrat, il n'est pas certain que cette exigence suffise à la légitimer. C'est justement parce que l'inamovibilité a été jugée responsable de l'indépendance trop absolue dont avaient bénéficié les magistrats sous l'Ancien Régime, qu'elle s'est ensuite trouvée affaiblie par les régimes qui se sont succédés depuis la Révolution. De même, le fait de voir dans celle-ci un synonyme d'indépendance, a pu favoriser à certains égards sa marginalisation, justifiée par son caractère trop « *statique* ». D'un point de vue réaliste, et ceci a déjà été souligné précédemment, l'inamovibilité ne possède pas la même étendue qu'un système de carrière, puisqu'elle s'analyse plus restrictivement comme une garantie d'éviction. Au contraire, il semble qu'elle puisse trouver une légitimité dans une conception « *dynamique* », c'est-à-dire non seulement comme une garantie de l'indépendance personnelle du magistrat, mais encore comme une garantie de son indépendance fonctionnelle et *in fine* de son impartialité. C'est *a priori* dans le souci de satisfaire ce dernier impératif, que l'institution de justice puise sa raison d'être et que la mise en place d'une magistrature indépendante trouve sa justification. La seconde partie de l'étude cherchera dès lors à démontrer que l'inamovibilité a pour fonction, au-delà de l'indépendance qui reste un moyen mis au service d'une finalité, de promouvoir l'impartialité du magistrat (**Partie II**).

PARTIE I. LA CONDITION DE L'INAMOVIBILITE : UNE GARANTIE ANCIENNE TRANSFORMEE EN MYTHE

PARTIE II. LA FONCTION DE L'INAMOVIBILITE : UNE GARANTIE DE L'IMPARTIALITE DU MAGISTRAT

PREMIERE PARTIE :

***LA CONDITION DE L'INAMOVIBILITE :
UNE GARANTIE ANCIENNE
TRANSFORMEE EN MYTHE***

PARTIE I . LA CONDITION DE L'INAMOVIBILITE : UNE GARANTIE ANCIENNE TRANSFORMEE EN MYTHE

36. Au risque de verser dans la répétition, il paraît possible de procéder, en l'état du droit positif, à une énumération des magistrats inamovibles sur la base d'un classement en deux catégories. Les membres de la première bénéficient d'une inamovibilité expressément prévue par les textes. Il en va ainsi des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, en application de l'article 64 de la Constitution et de l'article 4 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958. C'est également le cas des membres de la Cour des comptes, selon l'article L. 120-1 du code des juridictions financières, ainsi que des magistrats des chambres régionales des comptes, selon l'article L. 212-8 du même code. Les membres de la seconde se voient, en revanche, reconnaître cette qualité par la doctrine. Ainsi, les magistrats du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, seraient inamovibles sur la base de l'article L. 231-3 du code de justice administrative. Les membres du Conseil d'Etat bénéficieraient, quant à eux, d'une « *inamovibilité coutumière* »¹⁷⁶ ou de fait¹⁷⁷. Enfin, les juges non professionnels élus, tels que les conseillers prud'homaux et les juges consulaires, se verraient reconnaître une inamovibilité de fait.

A priori, il pourrait dès lors être envisagé d'apprécier la condition de l'inamovibilité des magistrats, à partir de l'éventail précité. Il s'agirait alors de rechercher des traits de définition, communs à l'ensemble des magistrats considérés. Néanmoins, ce procédé présente un double inconvénient. Ainsi que cela a été souligné en introduction, il n'existe aucune certitude quant aux limites de la notion de magistrat. En conséquence, essayer d'appréhender l'inamovibilité de cette manière, reviendrait à prendre en considération la situation d'agents publics, dont la qualité de magistrat demeure aléatoire. Par ailleurs, une étude concentrée sur la recherche d'éléments communs de définition, conduirait à dégager un standard

¹⁷⁶ J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, LGDJ, Paris, 1^{ère} éd., 1962, p. 169.

¹⁷⁷ A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 2, LGDJ, Paris, 6^e éd., 1975, n° 177 ; P.-M. Gaudemet, *L'autonomie des universités françaises*, RDP, 1961, p. 34.

juridique. Or, une telle approche aboutirait à faire abstraction de l'évolution de l'inamovibilité, dans le temps et dans l'espace.

37. En effet, l'inamovibilité des magistrats faisait office de principe dans la sphère judiciaire, lors de la survenance de la Révolution française. S'il serait erroné de soutenir l'existence d'une justice moniste à cette époque, celle-ci revêtait néanmoins sous certains aspects, un caractère unitaire. Ainsi, la séparation des autorités judiciaire et administrative, avait une portée moindre que celle connue en droit positif. D'une part, ce principe avait été affirmé assez tardivement au cours de l'Ancien Régime, avec l'édit de Saint-Germain en 1641. D'autre part, cette séparation n'était pas entendue dans le sens d'une exclusion du contentieux administratif de la compétence judiciaire. Il s'agissait bien plus modestement, d'empêcher les juridictions appartenant à la « *justice royale déléguée* », de se substituer à l'administration active. Il est d'ailleurs significatif de souligner le pléonasme constitué par la notion, aujourd'hui utilisée, de « *justice judiciaire* ». Le second terme signifie littéralement : « *ce qui se fait par autorité de justice* »¹⁷⁸. Sous l'Ancien Régime, dans une monarchie « *d'essence judiciaire* », la justice était par définition judiciaire. Sans doute, l'institution judiciaire se trouvait-elle fractionnée. Il existait effectivement, au côté de la « *justice déléguée* » de droit commun, une justice retenue et des « *justices déléguées* » d'exception. Cependant, celles-ci revêtaient un caractère essentiellement subsidiaire. Au demeurant, cette division tripartite n'était pas synonyme de différence de personnel. Dans ce contexte d'une justice unitaire, la fonction judiciaire se trouvait assurée par une magistrature disposant d'un statut juridique relativement homogène¹⁷⁹. Ses membres étaient tous titulaires d'un office de judicature, et bénéficiaient d'une pareille inamovibilité, érigée au rang de loi fondamentale du royaume en 1788.

De l'état de principe, l'inamovibilité a pourtant progressivement régressé au rang d'exception. La loi des 16 et 24 août 1790 a singulièrement renforcé le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, au détriment des juges. Cette situation a entraîné l'émergence progressive d'une « *justice administrative* », aux côtés de la « *justice judiciaire* ». Cette dernière a par ailleurs connu une double transformation en son sein. Une magistrature non professionnelle est venue compléter les effectifs de la magistrature de carrière, pour devenir finalement majoritaire au sein de l'ordre judiciaire. En outre, le statut des magistrats du parquet,

¹⁷⁸ Dictionnaire de l'Académie française, 1^{ère} édition, 1694.

¹⁷⁹ J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France*, PUF, Droit fondamental, Paris, 3^e éd., 2001, p. 117 ; A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Economica, Corpus Histoire du droit, Paris, 3^e éd., 2006, pp. 576-580.

sensiblement équivalent à celui des magistrats du siège sous l'Ancien Régime, a été clairement distingué de celui-ci sous le Directoire. Au sein de la « *justice administrative* », les membres de la Cour de comptes ont longtemps fait figure d'exception, en bénéficiant d'une inamovibilité dont l'énoncé fut même, à deux reprises, inscrite dans une Constitution. Dans ces conditions, seuls les membres de la Cour des comptes et les magistrats du siège de l'ordre judiciaire étaient inamovibles, lors de l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958. Cette dernière devait, au demeurant, se limiter à consacrer l'inamovibilité des seconds.

38. Ainsi, l'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire faisait figure de survivance, lors de l'avènement de la V^{ème} République. Sous l'empire de cette dernière, aucune des nombreuses réformes entreprises en faveur du renforcement de l'indépendance de la justice, n'a eu pour objet le renouveau de l'inamovibilité au sommet de la hiérarchie des normes. Pourtant, il ne faut pas y voir une conséquence des critiques formulées par le Garde des Sceaux Michel Debré vis-à-vis de cette garantie. Le Pouvoir politique en avait déjà singulièrement restreint le champ d'application depuis la Révolution française, de crainte de voir émerger un « pouvoir judiciaire » (**Titre I**). A défaut de consacrer un principe général de l'inamovibilité des magistrats au niveau constitutionnel, le Pouvoir politique a toutefois étendu cette garantie à plusieurs reprises, au sein de normes de valeur inférieure, notamment à l'occasion de la création de nouvelles catégories de « magistrats ». Dans ces conditions, l'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire semble être passée avec ses qualités et ses faiblesses, du fait de son statut constitutionnel, de l'état de survivance à celui de référence apparente pour le reste de la magistrature (**Titre II**).

TITRE I. LA FORMATION HISTORIQUE DE L'INAMOVIBILITE

TITRE II. LA CONSECRATION CONTEMPORAINE DE L'INAMOVIBILITE

TITRE I . LA FORMATION HISTORIQUE DE L'INAMOVIBILITE

39. Ainsi que l'a souligné le Professeur Théron, l'indépendance du juge judiciaire « *s'impose avec la force de l'évidence* ». Il en va toutefois différemment des raisons qui en constituent le fondement. Cette garantie, dont l'inamovibilité est une composante essentielle, connaît effectivement une pluralité de significations. Pour certains, elle se résume à un principe d'aménagement interne de la justice, conditionnant « *l'exercice de la fonction juridictionnelle* » et garantissant les « *droits des citoyens* »¹⁸⁰. Pour d'autres, elle est une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Elle s'entend alors, dans le cadre d'une séparation des fonctions de souveraineté, législative, exécutive et judiciaire. Ces deux premières acceptions peuvent être raisonnablement associées à la disposition précitée, suivant laquelle : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Mais au-delà, l'indépendance du juge est également associée à l'idée d'un « pouvoir judiciaire ». Il s'agit dès lors, de proclamer l'existence d'un « *troisième pouvoir* », aux côtés des Pouvoirs législatif et exécutif.

40. Cette idée d'un « pouvoir judiciaire » a bénéficié des faveurs d'une partie de la doctrine et de la classe politique, depuis la Révolution française jusqu'à l'avènement de la V^{ème} République. Pour ses partisans, l'institution d'un tel pouvoir apparaissait nécessaire à l'effectivité du précepte énoncé par Montesquieu, dans *L'esprit des lois*, suivant lequel : « *Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice* ». Dans cette acception, l'indépendance des juges revêt un double sens. Elle est à la fois une condition et une conséquence de l'existence du « pouvoir judiciaire »¹⁸¹. Quant à l'inamovibilité, celle-ci a le plus souvent été associée à un critère de reconnaissance du « pouvoir judiciaire », voire substituée à l'indépendance dans cette finalité. Ainsi, le Professeur Jacquelin estimait que les trois éléments constitutifs d'un tel pouvoir, résidaient dans la tradition constitutionnelle, l'inamovibilité des juges, et l'existence

¹⁸⁰ J.-P. Théron, *De l'indépendance du juge...*, op. cit., pp. 647-648.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 648.

d'une Cour de cassation unique¹⁸². Selon le Professeur Ducrocq, certains auteurs sont allés plus loin en érigeant cette garantie en critère décisif pour la reconnaissance du « pouvoir judiciaire »¹⁸³. Les Professeurs Barthélémy et Duez se sont d'ailleurs prononcés en ce sens, en évoquant : « *La magistrature inamovible, la magistrature assise, celle qui peut être considérée comme incarnant le pouvoir judiciaire* »¹⁸⁴. La doctrine administrative s'est paradoxalement inscrite dans cette logique, en réfutant l'existence de ce pouvoir, après avoir souligné qu'une telle conception, reviendrait à exclure les juges administratifs, non bénéficiaires de cette garantie¹⁸⁵.

41. Cependant, depuis la Révolution française, l'histoire de la justice a d'abord été celle d'un « *pouvoir refusé* »¹⁸⁶. La doctrine comme la classe politique, se sont « *déchirées en un vain débat sur l'existence d'un hypothétique pouvoir judiciaire* »¹⁸⁷, pour finalement aboutir à un compromis dilatoire consacrant une simple Autorité judiciaire. Ce dénouement est moins lié au refus d'un « *de ces « pouvoirs » dont la trinité mystérieuse constitue la souveraineté* »¹⁸⁸, qu'à la crainte de voir émerger un « *pouvoir soustrait à l'indivisibilité de l'autorité de l'Etat* »¹⁸⁹, voire encore, un « *gouvernement des juges* »¹⁹⁰. Loin de constituer des hypothèses d'école, de telles situations ont déjà connu un précédent en France, avec les parlements d'Ancien Régime.

Or, en garantissant l'indépendance des magistrats de ces juridictions souveraines, l'inamovibilité est apparue comme l'une des causes essentielles des excès commis par ces dernières (**Chapitre 1**). En conséquence, elle a été l'un des principaux tributaires de la volonté de prévenir un retour des parlements, au lendemain de la chute de l'Ancienne Monarchie (**Chapitre 2**).

¹⁸² R. Jacquelin, *Répétitions écrites de droit administratif*, Les cours de droit, Paris, 1933-1934, pp. 32-43.

¹⁸³ T. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. 1, éd. Ernest Thorin, Paris, 1877, pp. 35-36.

¹⁸⁴ J. Barthélémy, P. Duez, *op. cit.*, p. 854.

¹⁸⁵ T. Ducrocq, *op. cit.*, p. 36 ; J. Barthélémy, P. Duez, *op. cit.*, p. 849 ; voir également les exemples cités par R. Jacquelin, *répétitions écrites...*, *op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁸⁶ J. Foyer, *Justice : histoire d'un pouvoir refusé*, Revue Pouvoirs, n° 16, 1981, p. 17.

¹⁸⁷ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire – L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, thèse de doctorat, Economica-Puam, Paris, 1984, p. 12.

¹⁸⁸ J. Barthélémy, P. Duez, *op. cit.*, p. 848.

¹⁸⁹ AHJUCAF, *op. cit.*, www.ahjucaf.org, Question n° 1.

Chapitre 1. Une condition de l'essor d'un pouvoir judiciaire sous l'Ancienne Monarchie

Chapitre 2. Une victime du rejet d'un pouvoir judiciaire depuis la Révolution française

¹⁹⁰ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, éd. Giard & Cie, 1921, rééd. Dalloz, Paris, 2005, 276 p.

CHAPITRE 1 . Une condition de l'essor d'un pouvoir judiciaire sous l'Ancienne Monarchie

42. « *Il ne faut pas perdre de vue cette crainte du despotisme des juges, égale à celle du despotisme du souverain, si l'on veut comprendre comment, depuis la Révolution, ont évolué les juridictions françaises détentrices de la puissance de juger* »¹⁹¹. Ce jugement porté par le futur Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Jean-Louis Costa, met en exergue la proximité des relations entre la magistrature et le monarque, sous l'Ancienne monarchie. Pendant cette longue période, qui s'étend de la fin de la Monarchie franque à celle de l'Ancien Régime, la justice et la souveraineté ont été étroitement liées. La fonction judiciaire apparaissait alors comme le principal attribut, sinon comme une composante essentielle de la souveraineté royale. Or, ainsi que l'a souligné le Professeur Renoux-Zagamé : « *Dans une économie de pensée où la souveraineté est conçue comme nécessairement indivisible, la fonction de juger, qui en est pour tous une prérogative essentielle, ne peut en aucune manière être dissociée du pouvoir souverain* »¹⁹². Un lien indissoluble était en conséquence, réputé attacher les magistrats institués par lui, au monarque. En tant qu'émanation d'une souveraineté indivisible, les juges faisaient « *partie du corps du Prince* ».

Cependant, afin d'affirmer sa souveraineté sur le royaume, suite à la décomposition de l'Etat carolingien, le roi a progressivement délégué à des juges professionnels, le seul attribut de souveraineté qui ne lui était pas contesté par les grands seigneurs. Cette dévolution s'est opérée par le truchement des offices de judicature, considérés au sens propre, comme des « *morceaux de l'Etat* ». Soucieux de renforcer la stabilité des juges, sans pour autant les rendre irrévocables comme les comtes de la Monarchie franque, le monarque devait asseoir l'inamovibilité de la magistrature (**Section 1**). Toutefois, en raison de l'introduction de la vénalité et de l'hérédité des offices, et de l'encadrement insuffisant de cette garantie, l'inamovibilité a constitué le terreau d'un « *quatrième ordre* » revendiquant la possession de la souveraineté (**Section 2**). Ainsi, pendant cette première phase de l'histoire de l'inamovibilité, l'essence politique de la justice a largement contribué à

¹⁹¹ J.-L. Costa, *Nécessité, conditions et limites d'un pouvoir judiciaire en France*, RFSP, 1960, p. 263.

¹⁹² M.-F. Renoux-Zagamé, *Justice royale*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 796.

façonner celle-ci, dans le sens d'une garantie d'indépendance personnelle du magistrat, dirigée contre le Pouvoir royal.

SECTION 1 . Une garantie de stabilité associée à la dévolution de la fonction judiciaire

43. Une partie non négligeable de la doctrine lie l'inamovibilité des magistrats à l'essor de la vénalité et de l'hérédité des offices, et fait découler celle-ci de celles-là¹⁹³. Ainsi, pour le Professeur Flammermont : « *Les anciens magistrats n'étaient pas inamovibles dans le vrai sens du mot ; ils étaient propriétaires de leur office, dont on ne pouvait les priver sans leur en rembourser le prix, à moins de violer le droit de propriété* »¹⁹⁴. Certains auteurs se sont notamment appuyés sur le caractère prétendument despotique de l'Ancienne Monarchie, pour justifier cette solution. Celle-ci aurait été poussée par « *sa nature même* », à « *porter atteinte à l'indépendance des magistrats* »¹⁹⁵, de sorte qu'il apparaissait en substance inenvisageable qu'une garantie telle que l'inamovibilité puisse être explicitement consacrée. Or, si la patrimonialité des offices a effectivement contribué à renforcer l'inamovibilité des titulaires de ceux-ci, cette garantie n'en conserve pas moins une existence distincte et antérieure à cette première. L'inamovibilité des magistrats est née de la communication de la fonction judiciaire à des juges professionnels (§ 1), avant d'être consacrée juridiquement par les parlements et le Pouvoir royal (§ 2).

§ 1 . La dévolution de la fonction judiciaire à des juges professionnels

44. « *Le moyen-âge est l'âge d'or des légistes...Ils reconnurent immédiatement qu'ils avaient deux ennemis ; la noblesse et le clergé. Ils leur*

¹⁹³ D'autres auteurs, sans pour autant soutenir une telle thèse, consacrent l'essentiel de leurs développements sur les officiers, à la patrimonialité des offices : R. Descimon, *Offices*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, pp. 1103-1106 ; R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue – 1598-1789*, PUF, Quadrige, Paris, 2005, pp. 609-650.

¹⁹⁴ J. Flammermont, *La réforme judiciaire du chancelier Maupeou*, Mémoire de 1879, in Mélanges, Alphonse Picard, Paris, 1880, p. 38.

¹⁹⁵ Selon G. Picot : « *curieux exemple, qui sert à nous montrer combien l'histoire s'est méprise en faisant remonter à Louis XI l'honneur d'avoir établi le principe de l'inamovibilité, comme si un gouvernement despotique n'était pas toujours contraint par sa nature même de porter atteinte à l'indépendance des magistrats* », *Histoire des Etats généraux*. Cité in J. Flammermont, *op. cit.*, p. 38.

*vouèrent une haine irréconciliable, et jurèrent que le droit ne serait ni féodal ni ecclésiastique. La législation romaine fut leur second évangile parce qu'elle était un type d'unité : la royauté fut leur point d'appui, parce qu'elle avait les mêmes intérêts. Ils lui font constamment des titres avec leurs arrêts. Tous les devoirs, tous les respects dus au suzerain, ils les transportèrent sur la tête du roi. Ils font mieux que parer l'idole, ils la rendent redoutable »¹⁹⁶. Ces propos sont assez significatifs des conditions dans lesquelles ont été introduits les juges professionnels, à partir du XIIIe siècle. Ceux-ci sont apparus comme des rouages essentiels du passage d'une monarchie féodale vers une monarchie royale. L'émergence **(A)** et la stabilisation **(B)** des juges professionnels, ont effectivement contribué à l'établissement de la souveraineté du monarque sur le royaume.*

A . L'émergence des juges professionnels dans la lutte contre les féodaux

45. Suite à la décomposition de l'Empire carolingien, le royaume s'est trouvé durablement gouverné par un régime féodal. L'emprise croissante exercée par les autorités féodales, sur l'administration locale de la justice, est apparue comme un vecteur essentiel de cette évolution **(1°)**. Dans ce contexte, l'introduction de juges professionnels au sein de la *Curia regis*, a constitué la première réaction de l'Autorité royale **(2°)**.

1°) L'emprise féodale initiale sur l'administration territoriale de la justice

46. En succédant à l'Empire romain d'Occident, tombé en 476, la Monarchie franque a cherché à maintenir les institutions administratives héritées de la Gaule romaine, en les conciliant avec la tradition germanique. Mais en raison de la nature de cette dernière, principalement populaire et patrimoniale, les idées d'Etat et de droit public n'ont pu véritablement prospérer sous les mérovingiens et les carolingiens. Au contraire, celle-ci a constitué le terreau du féodalisme. Au lieu de se voir reconnaître une existence propre, la justice a été conçue comme la dépendance d'un fief ou d'un privilège, favorisant ainsi son morcellement et son appropriation par les autorités féodales.

47. Sous la dynastie mérovingienne, la justice se trouvait fortement influencée par le droit germain, impliquant un fondement essentiellement populaire. La juridiction de droit commun était alors le *mallum*, c'est-à-dire une assemblée présidée par le comte et composée de sept *rachimbourgs*. Tous les hommes libres

¹⁹⁶ M. Bardoux, *Les légistes et leur influence sur la Société française*, Passim, Germer-Baillière, Paris, 1877, cité in V. Jeanvrot, *op. cit.*, pp. 5-6.

étaient tenus de se rendre à jours fixes auprès du *mallum du comte* : d'une part, afin d'approuver ou de désapprouver par leurs clameurs, les sentences qui y étaient rendues ; d'autre part, pour assurer les fonctions de *rachimbourgs*. Ces derniers, choisis parmi les hommes libres de « *races* » différentes, étaient chargés de *legem dicere*, c'est-à-dire d'assister le comte en lui indiquant le contenu de la loi applicable à chaque litige. Cependant, en raison de la difficulté à réunir le peuple, ces réunions furent rapidement réduites à deux : l'une au printemps et l'autre à l'automne. Dans l'intervalle des réunions, l'administration de la justice se trouvait suspendue faute de juges.

Cette insuffisance va être rectifiée à l'occasion de la première affirmation du pouvoir royal, sous le règne de Charlemagne, avec le passage d'une justice populaire à une justice administrative. Le monarque carolingien va effectivement remplacer les *rachimbourgs* par les *scabini*, agents permanents et rétribués, initialement élus par le peuple, puis choisis directement par les *missi dominici*. Parallèlement, l'office du comte va être limité à la présidence des plaids publics relatifs aux affaires les plus importantes, et la présence des hommes libres va être limitée à trois plaids généraux concernant les causes mineures. Cependant, bien que permanents, les scabins n'étaient pas inamovibles, les *missi* étant chargés de destituer les incapables et de les remplacer par des personnes offrant la triple garantie de la naissance, d'une équité reconnue et du savoir¹⁹⁷.

48. La juridiction des scabins devait néanmoins souffrir de l'institution des comtés. Ces derniers correspondaient à des circonscriptions dont le roi confiait l'administration à des comtes, choisis parmi ses *comites* ou compagnons. Le roi ne disposant pas de ressources en argent suffisantes pour rémunérer les comtes, il accordait à ceux-ci la jouissance d'un de ses domaines, pour la durée de leur charge. Cette concession était alors faite à titre de bénéfice, et était révoquée comme la fonction comtale elle-même. Parmi les nombreuses autres fonctions comtales, leurs titulaires se voyaient déléguer le droit de rendre justice dans l'étendue de leur fief, mais « *par forme de commission tant seulement parce que les fiefs n'étaient lors que de simples bénéfices à vie, et pour certain temps* »¹⁹⁸. Les *scabini* virent en conséquence leur compétence territoriale restreinte proportionnellement à la multiplication des comtés. Progressivement, l'indépendance des comtes vis-à-vis de l'autorité royale s'est accrue, en raison de l'appropriation de leurs fonctions. Celle-ci

¹⁹⁷ Suivant un capitulaire de 809, seuls devaient être nommés à ces fonctions, des hommes bons « *quales meliores inveniri possunt et deum timentes* » (les meilleurs qui puissent être trouvés et craignant Dieu).

¹⁹⁸ M. de L'Hospital, *Traité de la Réformation de la justice*, in P.J.S. Dufey, *Œuvres inédites de l'Hospital, Chancelier de France*, t. 1, Ambroise Tardieu Editeur, Paris, 1825, p. 249.

résulte d'une confusion volontaire entre ces dernières et le bénéfice, rapidement désignée sous l'appellation de *comitatus*. En 843, Charles le Chauve admit qu'un comte pouvait uniquement être révoqué par un jugement rendu au plaids général, c'est-à-dire par ses pairs. Leur inamovibilité se trouvait ainsi reconnue. Toutefois, celle-ci était attachée au bénéfice et à l'ensemble des fonctions comtales, et non aux seules attributions judiciaires. Cette indépendance s'est trouvée de nouveau renforcée par le capitulaire de Kiersy-sur-Oise de 877. Celui-ci prévoyait qu'en cas de décès d'un comte, survenu en l'absence du roi, son fils pouvait être autorisé à le remplacer provisoirement dans l'administration du comté, sous réserve de sa capacité. Cette mesure de circonstance, justifiée par les guerres d'Italie, devait bientôt être interprétée comme une règle générale posant le principe de l'hérédité des fonctions comtales.

La fonction judiciaire devait ainsi rapidement se trouver intégrée dans la hiérarchie féodale. Comme l'a relevé Henrion de Pansey, « *La France était couverte de fiefs, et dans chaque fief s'élevait un tribunal qui connaissait de toutes les affaires relatives à la seigneurie. Ce tribunal était composé du seigneur qui en était le président, et de ses vassaux, c'est-à-dire de tous ceux qui tenaient des fiefs sous sa mouvance immédiate* »¹⁹⁹. Le cadre juridique des relations entre le roi et le seigneur, était celui de la suzeraineté et non celui de la souveraineté. Ils entretenaient un lien personnel reposant sur un engagement de fidélité réciproque. En sa qualité de vassal, le seigneur était tenu vis-à-vis du roi, de devoirs d'aide militaire et de conseil, qui constituaient la contrepartie de la concession du fief. En revanche, le monarque ne disposait d'aucun pouvoir direct sur la fonction judiciaire du seigneur, de sorte qu'il ne bénéficiait d'aucune autorité sur ce dernier concernant l'exercice de cette compétence. Le seigneur était en conséquence souverain et irrévocable dans ses fonctions justicières. Pourtant, ainsi que le souligne le Professeur Timbal, le droit de justice était devenu si essentiel à la fin de l'époque franque, que le seigneur était souvent qualifié de « *seigneur justicier* », et sa seigneurie de « *seigneurie justicière* »²⁰⁰.

Face à la réticence des vassaux à « *changer leurs épées en écritures* », les seigneurs se firent cependant remplacer à partir du XIII^e siècle, par des représentants spécialisés dans la fonction judiciaire, et assistés d'assesseurs. Ces juges étaient alors nommés et révoqués par eux. D'ailleurs, après la restauration de l'autorité royale, cette absence d'inamovibilité devait être maintenue jusqu'à la fin de l'Ancien

¹⁹⁹ Henrion de Pansey, *De l'Autorité judiciaire en France*, Chez Théophile Barrois Père, Paris, 1818, p. 158.

²⁰⁰ P.-C. Timbal, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Dalloz, Précis Dalloz, Paris, 1970, p. 175.

Régime. Au terme de l'ordonnance de Roussillon de 1563, il était ainsi prévu que : « *Lesquels (juges) ils (hauts justiciers) pourront à leur plaisir et volonté révoquer et destituer de leurs charges et offices sinon le cas que leurs dits offices en eussent été pourvus pour récompense de services ou autre titre onéreux* »²⁰¹. Un édit de 1645 devait encore renforcer le pouvoir des seigneurs, en les autorisant à révoquer les juges nommés à titre onéreux ou à titre de récompense. Ils devaient alors seulement s'acquitter d'un prix correspondant à celui de la charge de judicature²⁰². Cette évolution, contraire à celle connue par les offices royaux, fut inspirée par les légistes de la *Curia regis*. En refusant l'inamovibilité aux juges seigneuriaux, le monarque confortait la confiance des justiciables dans la justice royale²⁰³.

49. L'institution des scabins devait également se trouver amoindrie du fait de l'essor de la justice ecclésiastique. Celle-ci exerçait essentiellement, à l'origine, une juridiction spirituelle. Cependant, en raison de son efficacité par rapport aux justices séculières, et du renforcement de la puissance politique de l'Eglise sous l'autorité du pape, sa juridiction s'est progressivement étendue à la sphère temporelle. L'échelon de droit commun, pour l'exercice de la justice ecclésiastique, était le diocèse. En sa qualité de premier pasteur de ce celui-ci, l'évêque apparaissait alors comme le juge ordinaire. En effet, ainsi que le soulignait Babeau, l'évêque « *renferme toute la puissance spirituelle que Jésus-Christ a donné à ses apôtres pour le gouvernement de son Eglise* »²⁰⁴. Cependant, étant dans l'impossibilité concrète d'administrer eux-mêmes la justice, les évêques prirent l'habitude de déléguer cette compétence à un official. Il s'agissait d'un membre du clergé diocésain, mandataire révocable de l'évêque, autour duquel s'organisait l'officialité diocésaine. Cette révocabilité était justifiée par la volonté des évêques de remédier à l'institution de l'archidiacre apparue à l'époque franque. Forts de l'indépendance qui leur avait été accordée, les archidiacres s'étaient progressivement appropriés la justice qui leur

²⁰¹ Article 27 *in fine*. Cité in L. Ducom, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, éd. Y. Cadoret, Bordeaux, 1902, p. 29.

²⁰² L. Ducom, *op. cit.*, p. 31.

²⁰³ « *...il se pratique notoirement, et se juge tous les jours à la Cour que les offices des seigneurs, non pourvus pour cause onéreuse ou rémunératoire, peuvent être destituez par la seule volonté du seigneur et sans expression de cause. Et ainsi les seigneurs étaient juges et parties tout ensemble, Dieu sait quel manège se fait en la justice, combien d'usurpations, combien d'exactions se font sur le pauvre peuple, combien de procez sont gastez, combien de crimes de crimes sont tolérez, même autorisez, combien d'innocens opprimés, combien de pauvres gens chassés de leur bien...et tout cela vient de ce que le juge n'ose contredire à la volonté de Monsieur, de peur qu'il ne change son office en une prébende de va-t'en* », in C. Loyseau, *Cinq livres du droict des offices*, Abel l'Angelier, Paris, 2^e éd., 1613, liv. V, chap. IV, p. 555, n° 9-10 et p. 559, n° 35.

²⁰⁴ A. Babeau, *La province sous l'Ancien Régime*, t. 1, Firmin-Didot, Paris, 1894, pp. 177 et s.

avait été simplement déléguée²⁰⁵. Par ailleurs, il convient de rappeler de manière plus générale, que les membres du clergé inférieur comme les prêtres, n'étaient pas inamovibles. S'ils jouissaient de pouvoirs sacrés, tels que l'eucharistie, les sacrements ou la parole de Dieu, ils demeuraient néanmoins soumis et subordonnés aux évêques. L'inamovibilité ne leur sera accordée que de manière progressive par la couronne, et contre la volonté des évêques et de l'Église, par une succession d'actes royaux : l'ordonnance du 29 janvier 1686, l'édit d'avril 1695, les déclarations du 5 octobre 1726, et la déclaration du 15 janvier 1731.

A l'instar de l'église, les municipalités tentèrent à l'occasion de cette période de désordre, de reconquérir le droit patrimonial qu'elles avaient eu par le passé, d'élire elles-mêmes leurs juges. Ainsi, plusieurs villes substituèrent des magistrats élus aux délégués royaux, pour présider les *mâls* ou *plaid*s locaux. Comme l'a toutefois relevé Martin-Sarzeaud : « *après la révolution de 787, les villes qui ne furent pas assez fortes pour défendre la plénitude de leur juridiction reconnurent au seigneur du territoire le droit de nommer un prévôt ou bailli qui rendait la justice avec le concours d'assesseurs choisis par les habitants* ». Dans ces conditions, les juges nommés par les seigneurs étaient inamovibles. Certains seigneurs concédèrent cependant à certaines villes établies dans leur fief, un droit de justice. Celui-ci était alors exercé par des magistrats élus pour une année, suivant les règles déterminées par les chartes octroyées.

2°) L'emprise royale progressive sur l'administration centrale de la justice

50. Dans ce contexte, la compétence judiciaire du roi est demeurée très limitée à l'échelle du royaume, pendant toute la durée de la monarchie féodale. La justice royale se trouvait marginalisée au niveau local, par les justices seigneuriales, ecclésiastiques et municipales. Son siège même, la *Curia regis*, était assimilé à une cour féodale en raison de sa composition. La complexification des affaires judiciaires et le désintérêt des vassaux vis-à-vis de celles-ci, vont toutefois permettre au roi de prendre le contrôle de la *Curia*, par l'introduction d'un élément professionnel au sein de cette dernière. De manière singulière, l'élimination de l'élément féodal au sein de cette cour, est contemporaine des premiers états généraux et de la première épuration de la magistrature.

²⁰⁵ Voir par exemple, l'ouvrage du curé H. Poisson, *La vie de Saint-Yves*, éd. Ouest-France, Rennes, 2003, pp. 41-42. De manière assez étonnante, l'auteur y a consacré un important paragraphe, aux archidiacres : « *Depuis le XIe siècle, l'archidiacre avait perdu une partie des prérogatives qui le rendaient fort gênant pour l'évêque...De délégué et révocable qu'il était, ce dignitaire s'arrogea une juridiction ordinaire et une position stable et se dressa souvent contre l'évêque* ».

51. Jusqu'au XIIe siècle, le roi apparaît essentiellement comme un seigneur féodal. Il réunissait en conséquence ses vassaux autour de la *Curia regis*, afin de délibérer sur les questions d'intérêt général. Dans les affaires de justice, le petit nombre et la faible complexité des règles de droit féodal, impliquaient moins une connaissance du droit que du bon sens de la part des prélats, barons et officiers du Palais siégeant auprès du roi. Cependant, comme le relève le Premier président Rousselet²⁰⁶, l'entrée des fiefs dans le commerce et leur soumission aux règles régissant les transmissions et les modifications de propriété, a progressivement entraîné la compétence de la *Curia regis* pour connaître des causes des bourgeois et des roturiers en appel. Cette évolution rendit nécessaire que ses membres soient instruits des différentes coutumes (*consuetudines patrioe*) invoquées par les parties. Par ailleurs, les légistes auxquels celles-ci recourraient pour la rédaction de leurs contrats, écrivaient le plus souvent en latin et inséraient des clauses issues du droit romain, lequel connaissait alors une période de renouveau. Aussi, dès le XIIIe siècle, la *Curia* fut contrainte de se spécialiser. Le roi fut amené à convoquer régulièrement des légistes et des clercs, appointés par lui et spécialistes de certaines questions. Avec l'augmentation des affaires, il prit l'habitude de faire préparer les affaires par des conseils de spécialistes des questions judiciaires ou financières, les *curiales*.

Dans la première moitié du XIIIe siècle, trois formations de la *Curia* se dessinèrent en fonction des questions traitées. Pour les questions politiques, le roi réunissait ses familiers dans un « *Conseil privé* ». Concernant les questions financières, prirent place des « *gens députés à nos comptes* » chargés de recevoir les comptes apportés par les baillis, et de préparer leur contrôle. Enfin, pour les questions judiciaires, des auxiliaires furent admis sous le titre de *clercs*. Il devait en résulter une division de la *Curia* en une *Curia in concilio* chargée de gouverner, une *Curia in compotis* gérant les revenus du royaume, et une *Curia in parlamento* exerçant une fonction de jugement. Au sein de cette dernière formation, le rôle des clercs s'accrut rapidement, au point que, vers 1235, sous Saint Louis, la *Curia regis* se trouvait ainsi composée de deux groupes distincts : le groupe ancien des barons, prélats et grands officiers du Palais ; et un nouveau groupe constitué de professionnels spécialisés dans la science du droit, désignés sous le nom de : « *magistri curiae ou camerae* ». Initialement choisis par la cour et non nommés par le roi, ces auxiliaires n'avaient pas voix délibérative, ni le droit de formuler un avis s'ils n'y étaient invités. Par ailleurs, une ordonnance de Philippe le Hardi du 7 janvier 1277 réglementa leurs attributions : les uns, *auditeurs*, étaient chargés d'étudier les affaires et de présenter un rapport rendant compte de la question et des

²⁰⁶ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 13.

moyens de droit ; les autres, *enquêteurs*, entendaient les témoins et consignaient leurs dépositions par écrit.

Progressivement, tandis que les clercs prirent l'habitude d'être présents non seulement lors des sessions judiciaires de la *Curia*, mais également pendant la durée des intersessions, les membres de l'ancien groupe se limitèrent à assister aux réunions politiques de celle-ci. Loin de les contraindre à assister aux audiences, le roi prit acte de ces absences pour réduire la composition de la cour. A chaque session, il fit établir une liste de service conduisant à exclure de fait les seigneurs qui avaient jusqu'alors siégé en tant que membres de droit. En novembre 1291, en désignant lui-même, par ordonnance, plusieurs auxiliaires pour le service des requêtes, le roi fit passer ceux-ci du statut de simples employés à celui de membres de la cour en les érigeant en « *conseillers du roi* ». Parallèlement, vont être écartés du *Parlamentum*, les membres non juristes. Ainsi, Philippe le long exclut les prélats par une ordonnance du 3 décembre 1319 : « *Il n'aura nulz prélaz députez en parlement ; et li roys veut avoir en son parlement genz qui y puissent entendre continuellement sanz en partir, et qui ne soient occupés d'autres grans occupations* »²⁰⁷. Enfin, par l'ordonnance du 11 mars 1344, Philippe de Valois permit aux conseillers du roi de prendre le pas sur les seigneurs qui étaient demeurés au sein de la *Curia*. Dans ses mémoires, Saint-Simon devait écrire : « *Voilà comme de simples souffleurs, et consultés à pure volonté, et sans parole qu'à oreille des juges seigneurs, ces légistes devinrent juges eux-mêmes* »²⁰⁸.

52. De cette substitution des légistes aux prélats et barons, devait découler une première épuration des officiers de justice. Confronté à la guerre contre l'Angleterre, le roi convoqua les Etats généraux de la langue *d'oïl* à Paris, le 2 décembre 1355. Initialement chargés de voter des subsides en hommes et en argent, ceux-ci furent rappelés suite à la capture du roi à la bataille de Poitiers. Réunis le 17 octobre 1356, ils élirent quatre-vingt commissaires chargés de régler et d'ordonner au nom des Etats, ce qu'ils jugeaient convenable. Les Etats approuvèrent les propositions des commissaires rendant les conseillers de la couronne responsables des malheurs du royaume et de la violation des promesses faites lors de la dernière réunion et consignées dans l'ordonnance du 28 décembre 1355. Ainsi l'évêque de Laon, Robert Le Coq, déclarait : « *Trop de méchefs sont advenus de leur fait au royaume de France...le peuple ne veut plus souffrir ces choses* ». Les Etats

²⁰⁷ Ordonnance du Louvre du 3 décembre 1319, in E. J. de Laurière, *Recueil des ordonnances des roys de France de la troisième race*, vol. I, Imprimerie royale, Paris, 1723, p. 702.

²⁰⁸ Saint-Simon, *Œuvres complètes de Louis de Saint-Simon, pour servir à l'histoire des cours de Louis XIV, de la Régence et de Louis XV – Tome treizième : mémoires sur le droit public de la France* », J.G. Treuttel, Strasbourg, 1791, p. 57.

demandèrent la mise en accusation des conseillers du roi et la suspension de tous les officiers royaux. En outre, ils instituèrent un conseil composé de vingt-huit délégués des trois ordres, chargés d'assister le dauphin et qui « *auraient puissance de tout faire et ordonner au royaume, ainsi comme le roy, tant de mestre et oster officiers, comme de autres choses* ». Convoqués de nouveau le 5 février 1357, les Etats généraux exigèrent que soient exécutées leurs propositions. Celles-ci firent l'objet de l'ordonnance du 3 mars 1357, dont l'article 11 ne se bornait pas à demander la mise en accusation et le jugement de certains officiers du roi, mais leur destitution en les désignant nominativement²⁰⁹. Par ailleurs, une commission de trente-six membres fut mise en place, afin de gouverner le royaume.

Cependant, dès le mois d'avril, la noblesse et le clergé se retirèrent du mouvement, tandis que la question de la suprématie des Etats se cristallisait autour de la révolte parisienne dirigée par Etienne Marcel, déclenchée le 22 février 1358. La commission des trente-six dirigée par l'évêque de Laon, continuait néanmoins à gouverner le royaume au nom du prince. Ce dernier s'étant émancipé de cette commission et ayant réprimé la révolte parisienne, réunit de nouveaux Etats généraux le 13 mai 1359, afin de faire rejeter le traité de Londres par lequel le roi cédait à l'Angleterre la moitié occidentale du royaume. A cette occasion, le dauphin fit réhabiliter les officiers qui avaient été destitués le 3 mars 1356. Par ses ordonnances des 28 novembre 1359 et 27 janvier 1360, il réorganisa toutes les cours de justice en limitant leur composition, en réservant la nomination de leurs membres à son Conseil, et en procédant à une nouvelle institution des officiers du Parlement. Concernant les magistrats qui n'avaient pas trouvé place dans la nouvelle organisation, ceux-ci devaient obtenir de préférence les offices vacants. De retour de captivité, Jean II devait confirmer les actes du régent, en déclarant notamment « *fermes, tenables et valables* » tous les dons d'offices royaux, par l'ordonnance du 14 octobre 1360. Lors de son avènement, Charles V confirma à son tour l'ensemble des officiers du Parlement, par lettres du 28 avril 1364. Le maintien de ces officiers au sein du Parlement, apparaissait ainsi nécessaire à la royauté.

²⁰⁹ Article 11 : « *Et comme justice ne peut estre bien gardée ne maintenue, si ce n'est par personnes qui soient bonnes, loyaulz, sages et experts, et meesmement de tel estat comme ceulz du conseil de nostre dit seigneur et père, du nostre, des hostelz de luy et de nous, de la cour de Parlement, de la Chambre des comptes, des enquestes, des requestes qui sont les principaulz de tout le royaume et des dépendances, nous par bon avis, et pour plusieurs causes qui à ce nous ont meü, avons privé et privons, deboutez et deboutons de tous les offices, services et conseilz de nostre très-chier seigneur et père, et des nostres, et seuz rappel comme indignes et mainz souffisans ; c'est assavoir, maistre Pierre de la Forest, Simon de Bucy, Robert de Lorris, Enguerran du Petit Celier... Geoffroy le Masnier, Le Borgne de Veaux, Jehan de Behaingue et Jean Tauppin* ».

B . La stabilisation des juges professionnels dans la lutte contre les féodaux

53. En permettant au monarque de prendre le contrôle de la juridiction située au sommet de la hiérarchie féodale, l'émergence d'un parlement distinct des autres formations de la *Curia regis*, et composé essentiellement de juges professionnels, a largement contribué à l'affirmation de la souveraineté royale. La stabilité de ces juges a ainsi progressivement été renforcée, dans le cadre de leur participation au rétablissement (1^o) puis à l'affermissement du Pouvoir royal (2^o).

1^o) Les juges professionnels, champions du rétablissement du pouvoir royal

54. Depuis la dynastie carolingienne, rendre la justice apparaissait comme le corollaire du maintien de la paix et de la protection de l'ensemble du *regnum*. Cette mission fut érigée en idéal sous la dynastie capétienne, comme le révèlent les propos d'Hugues Capet lui-même : « *La sublimité de notre piété n'a de raison d'être en droit que si nous rendons la justice à tous et par tous les moyens. Les rois n'ont été institués que pour examiner avec perspicacité les droits de chacun, supprimer tout ce qui est nuisible et faire grandir tout ce qui est bon* »²¹⁰. De la même manière, Eudes II, comte de Blois, écrivait au roi Robert : « *que la racine et le fruit de l'office royal, c'est la justice* »²¹¹. La promesse du sacre par lequel le roi s'engage à maintenir son droit à chacun, témoigne pleinement cette image d'un roi justicier.

Cependant, la *Curia* des premiers Capétiens n'était plus en mesure d'assurer, comme au temps du *Placitum Carolingien*, la suprématie du roi dans les affaires de justice. Si en principe, aucun seigneur ne pouvait refuser la compétence judiciaire de la *Curia*, tribunal royal fondé sur la souveraineté, le système féodal de la justice s'y opposait dans les faits. Dans le domaine royal, la *Curia* se voyait reconnaître la compétence de toute cour seigneuriale, à savoir que le roi était admis à administrer la justice en tant que seigneur. Dans le reste du royaume, le roi ne disposait pratiquement d'aucun pouvoir judiciaire, sinon dans les régions proches de Paris. Il était d'ailleurs essentiellement amené à connaître, à l'appel des seigneurs ecclésiastiques, des conflits opposant ces derniers avec des seigneurs féodaux ou des villes. Les seigneurs laïques étaient pour leur part, hostiles à la juridiction de la *Curia*, et lui préféraient le procédé de la guerre. Les rares hypothèses dans lesquelles ceux-ci lui faisaient appel, concernaient des demandent d'arbitrages et non de

²¹⁰ Cité par A. Rigaudière, *op. cit.*, p.235.

²¹¹ *Ibid.*, p. 236.

jugement. C'est ce qui explique le faible nombre d'arrêts recensés aux XI^e et XII^e siècles : quatre au XI^e siècle, et quatre-vingt-cinq entre 1137 et 1180²¹².

55. Toutefois, l'entrée des légistes au sein de la *Curia regis*, va conduire à une reprise et à une systématisation de la théorie du roi justicier, en énonçant toutes ses implications. Relevant que le roi se trouvait situé au sommet de la hiérarchie féodo-vassalique et que tous les fiefs et arrières fiefs dépendent en définitive de lui, ils vont logiquement en déduire que toute justice émane de lui. En conséquence, tout seigneur justicier doit nécessairement pouvoir être soumis au contrôle de la couronne, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires.

Trois moyens furent alors développés par les magistrats, afin d'assurer la primauté effective de la juridiction royale sur les seigneurs. Le premier moyen résidait dans la théorie des cas royaux. Selon celle-ci, le roi ne pouvant être soumis en tant que souverain à la juridiction d'un inférieur, il résultait que les procès concernant le roi pouvaient uniquement être jugés par le tribunal royal, même si les faits s'étaient déroulés dans une seigneurie. La liste des cas royaux ne fut jamais arrêtée, de sorte qu'elle était extensible à la volonté du roi. Parallèlement fut instituée la règle de l'appel romano-canonique, permettant à un justiciable de faire appel d'un jugement devant un tribunal supérieur. Apparue dans le Midi puis étendue dans le Nord, cette procédure va progressivement atteindre l'ensemble des juridictions féodales. Les justices étant tenues en fief du roi, l'appel apparaissait comme le moyen le plus approprié d'assurer cette subordination. Le dernier moyen résidait dans la prévention, fondée sur l'affirmation suivant laquelle le roi étant source de toute justice, les seigneurs n'exerçaient pas la justice au nom d'un droit inhérent à la seigneurie, mais par simple délégation tacite du roi. Aussi, le juge royal pouvait être saisi par un justiciable, ou de son propre chef, d'un litige relevant d'un tribunal seigneurial, avant que celui-ci ne soit saisi²¹³.

56. C'est pendant cette période, que fut prise la mesure fixant le siège du Parlement de Paris dans le palais même du roi, assurant sa sédentarisation. Il semblerait que cette fixation ait été décidée par les articles 3 et 8 de l'ordonnance du 7 janvier 1277²¹⁴. Le Parlement n'était pas pour autant permanent. Sous le règne de Saint-Louis encore, se tenaient trois ou quatre parlements par an. L'article 2 de l'ordonnance de 1302 prévoyait que la chambre aux plets tenait chaque année deux

²¹² J. Ellul, *Histoire des institutions – Le Moyen Âge*, PUF, Quadrige, Paris, 1999, p. 282.

²¹³ *Ibid.*, pp. 328-329.

²¹⁴ A. Beugnot, *Essai sur les institutions de Saint-Louis*, F.G. Levrault, Paris, 1821, p. 154 ; J.-M. Pardessus, *Essai historique sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII*, éd. A. Durand, Paris, 1851, p. 97.

assises, aux « *vuictiènes de Touz-Sainz et aus trois semaines de Pâques* ». En raison de l'accroissement des travaux, ces deux sessions furent bientôt séparées par les seules vacances de Pâques et les grandes vacances, du 8 septembre au 11 novembre. Comme les assises ne se tenaient pas de plein droit, une fois la session terminée, le Parlement se trouvait dans l'impossibilité de rendre la justice. Il ne pouvait en conséquence statuer sur les affaires commencées, et ne pouvait se réunir que sur ordre du roi²¹⁵. Par une ordonnance du 17 novembre 1318, Philippe V devait néanmoins décider que lorsqu'une session du Parlement s'achèverait, la liste du suivant serait immédiatement publiée : « (10 *in fine*) – *Et puis emprés toutes causes délivrées, le Parlement finira l'en le nouvel Parlement. Et si vieult li Roys et Ordenne, si comme dit est jusques à tant que il, de certaine science, ayt ordonné dou contraire* ». Les magistrats devaient, en conséquence, demander le renouvellement de leurs fonctions à chaque session.

Néanmoins, en contrepartie du soutien apporté pour asseoir le Pouvoir royal, Philippe le Bel accorda à certains magistrats nominativement désignés, à l'occasion de l'ordonnance du 23 mars 1302, la faveur de siéger au Parlement de manière continue, sans avoir à solliciter un tel renouvellement²¹⁶. Charles Loyseau devait justement apprécier l'apport de cette ordonnance, dans le commentaire suivant : « *Le premier Roy qui rendit en France les officiers perpétuels et non destituables fut Philippe le Bel qui, en l'an 1302, après une recherche de réformation générale, destitua ceux qui avaient malversé, et confirma les autres en leurs offices, ordonnant qu'ils ne pourraient être destitués. Mais, à mon avis, ce fut plutôt un privilège qu'il donna aux bons officiers de son temps en récompense de leur intégrité, qu'une règle générale et perpétuelle pour l'avenir* »²¹⁷. L'irrévocabilité ou l'inamovibilité était ainsi reconnue à certains magistrats, à titre de privilège personnel. Par deux ordonnances de décembre 1319 et 1320, Philippe V étendit cette stabilité en supprimant les listes de service prévues à chaque session du Parlement. Enfin, l'article 7 de l'ordonnance du 8 avril 1342 devait aller plus loin en organisant à la fin de chaque session, comme l'a relevé le Professeur Pardessus, une sorte de roulement entre « *les plus suffisants qui soient en nostre dit Parlement* ». Les magistrats étaient répartis à l'aide d'une commission entre les trois chambres²¹⁸. Cette division du

²¹⁵ J.-M. Pardessus, *op. cit.*, pp. 166-167.

²¹⁶ Article 8 : « *Il est ordonné que il soient résident au Parlement continuellement, especialement en la chambre des Plez, li chevalier et li laïs qui s'ensuivent : c'est assavoir, messires Jeans de Meleun...* », Article 9 : « *Il est ordené que il soient resident au Parlement continuellement especialement en la chambre des Pletz, li clerks qui s'ensuivent : c'est assavoir l'archidiacre d'Orliens...* ».

²¹⁷ C. Loyseau, *Cinq livres du droict des offices*, Abel l'Angelier, Paris, 2^e éd., 1613, livre V, chap. 3, p. 37, n^o 96.

²¹⁸ J.-M. Pardessus, *op. cit.*, p. 170.

Parlement en plusieurs chambres, révèle cependant un autre phénomène. Le rétablissement et l'affermissement de l'autorité du monarque au sein du royaume, passaient par une multiplication et une complexification des juridictions royales.

2°) Les juges professionnels, champions de l'affermissement du Pouvoir royal

57. Dans ses *Treize livres des Parlements de France* de 1617, La Roche Flavin soulignait que le Parlement de Paris avait été à l'origine, le seul et unique parlement du royaume. Il citait à titre de comparaison les cas de l'Allemagne, dans laquelle « *il n'y a qu'une Chambre impériale* », et de la Pologne, « *Royaume de plus grande estendue que la France, (qui ne dispose que d') une seule Cour souveraine* ». Mais il ajoutait immédiatement, que : « *...la France est si populeuse, qu'à mesure que les grandes provinces du Languedoc, Guyenne, Bretagne...Provence et Dauphine furent réunies à la Couronne, mesmes les habitans estans naturellement litigieux et plaideurs, les Roys ont esté contraints establir un parlement en chasque province et ville capitale d'icelle pour la commodité des provinciaux et à ce qu'ils ne fussent contraints aller à grands frais et incommodités, achepter chèrement la Justice à Paris* »²¹⁹. Cependant, il ne semble pas que l'augmentation de la population du royaume, liée à l'extension de son territoire, ait été la première cause de la multiplication des juridictions souveraines. Comme ont pris soin de le souligner des auteurs tels que le Premier président Rousselet et le Professeur Royer, il faut également voir dans ce phénomène, « *des considérations plus politiques d'intégration et d'assimilation réfléchie* »²²⁰. A chaque fois que la royauté annexait un nouveau fief ou une nouvelle province, la mise en place d'une juridiction souveraine permettait d'ancrer l'Autorité royale sur la totalité de ce territoire.

58. Jusqu'à la fin du XIIIe siècle, le principe de l'unité du Parlement issu de la *Curia regis*, fut maintenu. Le roi se contentait alors de déléguer des membres du Parlement de Paris, dans les provinces. Mais en 1290, il envoya des commissaires à Toulouse, pour y tenir un parlement qui fut maintenu pendant trois ans. Par une ordonnance de 1303, il suggéra d'y installer un parlement permanent. Toutefois, en raison du rejet de cette proposition, il fallu attendre 1419 pour que soit créé le parlement de Toulouse. Au cours du siècle suivant cette date, sept nouveaux parlements ont été créés. Entre 1453, le Conseil delphinal de Grenoble fut transformé en parlement. Puis, après l'annexion officielle du Dauphiné, il fut érigé en parlement royal de Grenoble. A l'occasion de la reprise de la Guyenne aux Anglais en 1451, le

²¹⁹ Cité par M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 45.

²²⁰ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 55.

traité d'annexion prévoyait la création d'une cour souveraine à Bordeaux. Aussi, la Haute cour présidée par le grand sénéchal de Guyenne, fut remplacée en 1462 par le parlement de Bordeaux. Suite au décès de Charles le Téméraire et le retour du duché de Bourgogne à la France, le parlement de Dijon fut substitué en 1477, aux Grands jours de Beaume. En 1499, Louis XII créa le parlement d'Aix, après avoir été désigné comme l'héritier testamentaire du dernier comte de Provence. Cette cour souveraine remplaçait le Conseil éminent de la province. Seize ans plus tard, en 1515, François I^{er} érigea le parlement de Rouen. Celui-ci se substituait à l'Echiquier, ancienne cour des ducs de Normandie, qui avait été rendue sédentaire et permanente en 1499. Enfin, vingt-deux ans après l'Union de la Bretagne à la France en 1532, un parlement de Bretagne fut installé à Rennes.

Ce mouvement reprit au XVII^e siècle. En 1623, Louis XIII transforma le Conseil souverain du Béarn en parlement de Pau, trois ans après le rattachement de cette province à la France. Le même monarque créa le parlement de Metz en 1633. Cette mesure fut néanmoins vivement contestée par l'empereur d'Allemagne, qui considérait le territoire des trois évêchés concernés, comme une terre d'Empire. Suite à la réunion de la Franche-Comté à la France, Louis XIV transféra le parlement de Dôle à Besançon, en 1676. La ville de Dôle avait été choisie à l'origine par les ducs de Bourgogne, et maintenue dans ses fonctions par l'Espagne. En 1668, Louis XV créa le conseil souverain de Tournai pour couvrir la Flandre. Il fut élevé au rang de parlement en 1686, puis fixé à Douai. Après l'annexion définitive de la Lorraine et du Barrois, le parlement de Nancy fut établi en 1766. A côté de ces parlements, l'expansion territoriale française conduisit à la mise en place de conseils provinciaux. Ainsi, Louis XIII a maintenu le Conseil provincial d'Artois créé par Charles Quint, suite à la capitulation d'Arras en 1640. Le conseil souverain d'Alsace a de la même façon, été définitivement établi à Colmar en 1698. Il avait alors vocation à remplacer les « *Régences* », anciens tribunaux impériaux. Enfin, après l'acquisition de la Corse auprès de la République de Gênes, le conseil souverain de Bastia fut créé en 1660.

59. Ainsi, le royaume de France devait compter à la fin de l'Ancien Régime, treize parlements et quatre conseils provinciaux. Cette liste n'est toutefois pas complète, et il conviendrait d'y ajouter les conseils supérieurs des colonies, et les douze chambres des comptes. La stabilité des membres de ces juridictions, résultait dans ce cadre, de plusieurs facteurs. Tout d'abord, les cours établies étaient des juridictions souveraines, de sorte que leurs décisions étaient en principe insusceptibles d'appel. Il en résultait pour les magistrats, une certaine indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. Ensuite, la proportion des magistrats « *originaires* » du ressort de la cour, apparaissait importante au regard de sa composition intégrale. La règle exigeant une composition mixte des cours, semble avoir été étendue tardivement à l'ensemble du royaume. Appliquée à la Bretagne lors

de la création du parlement de Rennes, celui-ci devait compter une moitié de magistrats bretons « *originaires* », et une moitié de magistrats « *extraprovinciaires* »²²¹. Enfin, à chaque cour souveraine correspondait une compagnie de magistrats. La compagnie disposait d'une certaine indépendance, en contrepartie de quoi elle veillait sur le comportement de ses membres. Dans ce cadre, la discipline interne fut progressivement et pour partie transférée du roi vers les compagnies.

§ 2. La constitution d'un corps judiciaire composé de magistrats inamovibles

60. Le développement de la justice royale, caractérisé par une multiplication des juridictions au sein du royaume, va entraîner une augmentation importante du nombre des officiers de judicature. Cette évolution va favoriser l'élaboration d'un statut juridique de l'office, dans le souci de « *répondre aux besoins des grands services publics permanents* »²²² du royaume. Parmi les nombreuses autres fonctions qui vont être conférées à titre d'office, dans le cadre de l'émergence d'une monarchie administrative, la fonction judiciaire se distingue par sa nature même. En raison de sa qualité de premier attribut de la souveraineté, non seulement les autres fonctions étaient réputées découler d'elle²²³, mais les juges étaient en outre supposés faire « *parler* » le roi dans leurs sentences²²⁴. Dans ces conditions, la dignité attachée à l'importance de la fonction publique exercée, imposait que les officiers de judicature bénéficient d'une garantie particulière de stabilité. Dans cette perspective, les parlements du royaume ont posé les fondements de la reconnaissance de l'inamovibilité (A), avant que cette garantie ne soit consacrée par le Pouvoir royal lui-même (B).

A. L'émergence prétorienne de l'inamovibilité

61. Utilisant à bon escient certaines attributions administratives venues compléter leurs compétences judiciaires, comme le pouvoir d'enregistrement des

²²¹ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 57.

²²² P. Sueur, *Histoire du droit public français, XV-XVIIIe siècle : la genèse de l'Etat contemporain – Tome I : affirmation et crise de l'Etat sous l'Ancien Régime*, PUF, Thémis droit public, Paris, 3^e éd., 2001, p. 274.

²²³ R. Mousnier, *op. cit.*, p. 609.

²²⁴ M.-F. Renoux-Zagamé, *Justice royale, op. cit.*, p. 794.

lettres patentes, les parlements ont favorisé la reconnaissance de l'inamovibilité des officiers de judicature. Ces cours souveraines ont effectivement consacré un principe de révocation pour juste motif (1°), dans un souci de protection de la fonction publique (2°).

1°) La révocation pour juste motif, garantie en faveur du titulaire de l'office

62. Les règles appliquées aux offices laïques devaient largement s'inspirer du droit des bénéfices ecclésiastiques. Deux raisons principales sont de nature à justifier cette situation. D'une part, l'existence d'une certaine analogie entre les offices et les bénéfices rend possible un rapprochement des droits applicables : le bénéfice constitue la rémunération d'un office ecclésiastique, tandis que les profits de l'office correspondent à la rémunération d'une fonction séculière. La comparaison pouvait apparaître d'autant plus aisée, que nombre de clercs étaient affectés à des offices séculiers, comme c'était le cas de certains conseillers au sein des parlements. D'autre part, le droit canon était enseigné au sein des universités. L'appellation initiale de *clercs* pour désigner les légistes de la *Curia regis*, indépendamment de leur statut laïque ou ecclésiastique, s'expliquait essentiellement par le fait que c'était là le nom qui était donné à ceux qui avaient été instruits dans les écoles. En outre, dans l'exercice de leurs fonctions de magistrats ou d'avocats, les membres de juridictions royales étaient naturellement amenés à rechercher leurs arguments dans les textes de droit canon, et les textes des décrétales relatifs au droit du « *bénéficiaire* » étaient souvent invoqués par les parties dans les litiges relatifs aux offices²²⁵. L'une des principales caractéristiques du bénéfice ecclésiastique, résidait dans sa perpétuité. La règle avait été posée par les plus anciens conciles, et était liée au caractère indélébile de l'ordination. En effet, le bénéfice visant à assurer la subsistance du clerc appelé à exercer des fonctions ecclésiastiques, sa durée s'alignait nécessairement sur celle de ces dernières. Dans ce cadre, le fait pour le « *bénéficiaire* » de n'être déchu de son office que pour « *juste motif* », était considéré comme constitutif d'une règle fondamentale du droit canon.

63. Cette application du droit des bénéfices ecclésiastiques aux offices, va se développer au travers de la pratique de la réception des officiers par les cours souveraines, et notamment par le Parlement de Paris. Avec l'affirmation et la professionnalisation de celui-ci, il fut progressivement admis à compter du XIIIe siècle, que les actes royaux ne pouvaient être exécutoires qu'à condition d'avoir été préalablement enregistrés et publiés. En conséquence, un officier nommé par le roi se trouvait dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions tant que la cour souveraine compétente n'avait pas arrêté que ses lettres de commission seraient enregistrées. Le

²²⁵ E. Blum, *L'origine de l'inamovibilité des offices royaux*, Université de Paris, Paris, 1926.

Parlement de Paris disposait ainsi du pouvoir de suspendre l'exécution des lettres de commission et de recevoir les oppositions des personnes lésées. Ainsi, un officier qui prétendait avoir été destitué à tort, pouvait former une opposition devant la cour, à l'entérinement par enregistrement des lettres désignant son successeur. Ce dernier pouvait toutefois solliciter du roi, des lettres de jussion pour obtenir l'enregistrement des lettres. Dans ce cas, il semblerait que la cour décidait de résister le plus souvent aux ordres royaux, et qu'il soit devenu d'usage au début du XVe siècle, qu'elle ne cède qu'après la troisième sommation²²⁶.

Afin de prévenir de telles oppositions, le roi fut progressivement amené à préciser dans les lettres de commission du nouvel officier, les motifs qui avaient justifié la révocation de son prédécesseur. Les raisons admises par les cours souveraines étaient, entre autres, celles liées à l'insuffisance ou à l'incapacité d'un juge²²⁷, aux crimes ou aux démérites professionnels²²⁸, au fait pour un officier d'avoir administré un territoire dont il était originaire malgré la lettre des ordonnances²²⁹, ou encore à la maladie²³⁰.

64. Lorsque le motif de la révocation n'était pas indiqué dans les lettres de commission, la cour souveraine ouvrait d'office une enquête afin de déterminer les causes de celle-ci²³¹. La cour prit l'habitude d'envoyer une représentation auprès du roi, en vue d'obtenir une explication orale. Cette représentation rendait ensuite compte au parlement de la situation. La cour jugeait les motifs donnés suffisants, notamment lorsqu'il y avait des raisons de conserver le secret sur ceux-ci²³², ou lorsque le roi précisait que l'officier n'avait pas été révoqué mais simplement changé d'emploi en raison de son âge avancé. Ainsi pour illustration, dans ce dernier cas, le Parlement de Paris avait initialement refusé de recevoir le nouveau bailli de Senlis,

²²⁶ Arrêt du parlement de Poitiers, 17 février 1423, in Arch. nat., X1a 9197, fol. 292 v°.

²²⁷ Exemple de la destitution du bailli de Chartres pour insuffisance reconnue après enquête du Parlement (1416), in Arch. nat., X1a 1480, fol. 69 v°.

²²⁸ Exemple de la destitution d'un clerc pour malversation dans le cadre de la confiscation des biens des juifs (1312), Olim, t. 3, p. 615, n° X1 ; de même, la destitution d'un huissier pour *demeritis* (1346), in Arch. nat., X1a 10, fol. 363.

²²⁹ Exemple de la destitution de bailli de Lille natif de cette ville (1335), in Arch. nat., X1a 3, fol. 420 v° ; de même, la destitution d'un huissier en Hainaut (1343), in Arch. nat., X1a 9, fol. 414 v°.

²³⁰ Exemple de la révocation d'un sergent atteint de la lèpre (1351), Table de Lenain v° offices.

²³¹ Exemple de l'ouverture d'office d'une enquête suite à la nomination d'un maître des requêtes à cette charge, suite à la condamnation de son prédécesseur, coupable de forfaiture (arrêt du 15 juillet 1558), Arch. nat., X1a 1589, fol. 9 v°.

²³² Exemple d'une enquête officieuse à propos de la révocation du Sieur de Lafayette, sénéchal du Boulonnais, in Arch. nat., X1a 1525, fol. 189-193.

dans la mesure où il estimait que son prédécesseur qui avait été destitué, n'avait pas démérité. Or, la représentation envoyée par le Parlement s'étant enquis de la situation, il lui fut répondu que la destitution se justifiait par le fait que le bailli était « *vieil et ancien et ne pavoit chevaucher pour purger son baillage des bandits et ennemis* ». En outre, il lui fut précisé qu'un autre état, plus adapté à l'âge du bailli, lui avait été attribué²³³. Cependant, dans les hypothèses où le roi ne donnait aucun motif de nature à justifier la destitution de l'officier, la cour souveraine recevait l'opposition de ce dernier et pouvait arrêter de surseoir d'office à l'enregistrement des lettres de nomination du nouvel officier. L'influence du droit canon révélait ici toute sa vigueur. En ce sens, dans la plaidoirie prononcée devant le Parlement de Paris en faveur de Jean de Servaille, Sénéchal du Limousin dont l'office avait été rappelé au Grand Conseil, il fut rappelé qu'un officier ne pouvait être désappointé sans cause raisonnable et allégué « *sicut in beneficiis ecclesiarum quia qui potior est tempore potior est jure* »²³⁴.

Cette influence du droit canonique allait plus loin dans la mesure où elle permettait également de fonder des arguments, directement à l'encontre des officiers qui avaient été malgré tout maintenus dans leur office, en vertu de lettres patentes octroyées par le roi. A titre d'illustration, il est possible de citer une plaidoirie du 29 janvier 1483, faisant suite à la destitution d'officiers par Louis XI, et au maintien de leurs successeurs par lettres patentes. Selon cette plaidoirie, ces lettres étaient « *inciviles et déraisonnables* », contraires au droit civil et au droit canon. Les opposants parlaient de l'idée que, ayant été pourvus « *canoniquement* » d'un office, ils ne pouvaient en conséquence être destitués sans juste motif. A défaut, ils estimaient que la règle canonique « *concessione prebendarum* » qu'ils appelaient inexactement « *in vigorem* », selon laquelle tout homme qui reçoit un bénéfice d'un homme vivant, « *en doit être repellé* ».

65. Cette jurisprudence suivant laquelle un officier ne pouvait être destitué sans cause, se trouvait pleinement consacrée au début du règne de Louis XI, comme le relevait Philippe de Commines, sénéchal du Poitou, dans son *Histoire de France*²³⁵.

²³³ Arch. nat., X1a 10, fol. 363.

²³⁴ Arch. nat., X1a 9197, fol. 292 v°.

²³⁵ P. de Commines, *Histoire de France*, t. 1, 6^e éd., p. 65. Pour l'histoire, d'ailleurs, ce même Philippe de Commines se prévaut de cette jurisprudence lorsqu'il fut destitué de son office après le décès de Louis XI, in Arch. nat., X1a 1493, fol. 3 r°. Voir : E. Blum, *op. cit.*, p. 20.

2°) La révocation pour juste motif, garantie dans l'intérêt du service de la justice

66. Concurrément ou postérieurement à l'influence du droit des bénéfices ecclésiastiques, a été développée l'idée selon laquelle la révocation pour juste motif s'insérait dans ce qui pouvait être conçu comme une logique de bonne administration du service public, et en l'occurrence, du service public de la justice. La personne de l'officier destitué bénéficiait d'une garantie, pour autant que celle-ci fût nécessaire au fonctionnement du service.

67. C'est ce qui ressort en définitive, de la théorie de la double puissance royale. Cette dernière était invoquée pour considérer qu'un motif de destitution, s'avérait nécessaire. Cette théorie fut notamment admise à l'occasion d'un arrêt du 26 juin 1396. Pour justifier le don fait par le roi d'un office de geôlier, à Colin Fouquet, son avocat assurait que : que « *le roy a la disposition de tous offices, et mesmement des siens, et les puet destitue sans en enquérir la cause, et par espécial quant il y a la cause* ». Cependant, les Requêtes de l'Hôtel prirent cause pour l'officier privé de son office, reconnaissant par là que « *le roy a deux puissances : l'une absolue, l'autre ordonnée* »²³⁶. Aussi, à défaut de cause, la révocation ne pouvait sembler légale. Le lien entre cette règle et la garantie du service de la justice, fut explicité et précisé dans un procès de 1421. Dans sa plaidoirie contestant l'institution de Desre Wetin dans un office de garde de la monnaie de Tournai, en substitution de Jehan Bernart, l'avocat de ce dernier énonça que : « *cet office, comme autres offices de justice, sont offices du roy et de la chose publique, et servent le roy et la chose publique et on ne les doibt pas révoquer sans cause et quant on despointe ung officier soubz ombre de cause, il convient cognoistre de la cause et oir sur ce partie, et ne le puet on désappointier soubz ombre d'une informacion* »²³⁷.

Cette distinction entre la personne du roi et la chose publique devait être poussée par le Parlement, au point d'atténuer la règle selon laquelle les offices étaient considérés vacants à la mort du roi. Ainsi, à l'occasion de la destitution de Caries Carbonnel de son office de verdier de Valognes, par le Duc de Bedford²³⁸ au profit d'un anglais, Henri Tilleman, les Requêtes de l'Hôtel avaient fait valoir que : « *l'autorité et plaine puissance (du roy) et mesmement ex certa causa sciencia* ». En outre, il était considéré que l'office avait vaqué au décès de Charles VI « *quia per*

²³⁶ Arrêt du 26 juin 1396, in Bibl. nat., 23679, fol. 97.

²³⁷ Arrêt des 5 et 19 juin 1421, in Arch. nat., X1a 4793, fol. 69 v°.

²³⁸ Suite au décès d'Henri V d'Angleterre le 31 août 1422, son fils était devenu roi sous le nom de Henri VI. Cependant, dans l'attente de sa majorité, le Duc de Bedford assurait la régence. Charles VI étant décédé le 21 octobre 1422, Henri VI était devenu par suite roi de France.

mortem desit velle ». Cependant, le Parlement refusa cette destitution en considérant que : « *voirement, l'auctorité du roy est grant et puet disposer des offices à sa volenté, mais sa volenté est raisonnable et ordonnée selon ses lois ; et seroit chose scandaleuse de despointier ainsi sa volenté, sans cause, officiers* ». Pour lui, le don accordé par Henri VI à Caries Carbonnel, avant la mort du roi, était suffisant car : « *ce avoit esté comme duc, et pour ce que le royaume lui est depuis venu, il convenoit renouveler* »²³⁹.

68. Concurrément à la possibilité pour l'officier lésé de ne pas être destitué sans motif, la jurisprudence des cours admit qu'un officier ne pouvait être révoqué sans avoir été entendu²⁴⁰. Il ne s'agissait pas ici d'une règle issue du droit des bénéfices, bien qu'il ait été possible de lui trouver une origine dans la législation romano-canonique, celle-ci admettant la perte du bénéfice *ipso jure*. Il semble que cette règle était déjà reconnue au moment de la réunion des Etats généraux en 1355. A cette occasion, les députés des Etats estimèrent que cette garantie devait être écartée à l'égard des officiers considérés comme responsables des désastres du royaume, en arguant que les méfaits qui leurs étaient prêtés, étaient de notoriété publique. Ce faisant, ils invoquaient une doctrine canonique. De leur côté, les officiers attaqués avaient fait valoir leur droit : « *lesdictz gouverneurs et officiers... (ont) dict...que injuste chose est quilz soient ostenz de leurs offices sans eux ouyr, et quilz s'offrent à toute deffense* ». Mais il leur fut répondu par les Etats, que : « *sont les faicts du mauvais gouvernement si notoires...qu'il n'en convient pa recevoir allegations ne excusations* »²⁴¹.

Au-delà, une simple information n'était pas considérée comme suffisante. Il était nécessaire que l'officier bénéficie au préalable d'un procès contradictoire, à l'occasion duquel il lui serait possible de présenter ses défenses. C'est ainsi que le Parlement réforma le 20 mars 1417, une sentence des maîtres des requêtes de l'Hôtel, par laquelle ils avaient refusé à Jehan Poterne, notaire et secrétaire du roi, de présenter ses défenses contre les accusations de falsifications, corruptions et maléfices. Il réforma également la conclusion subséquente du procureur du roi, visant à le priver de son office, de tous nouveaux offices royaux, de peine corporelle

²³⁹ Arrêt du 2 juillet 1425, in Arch. nat., X1a 4794, fol. 104, et arrêt du 28 novembre 1425, in Arch. nat., X1a 1480, fol. 336.

²⁴⁰ Par exemple, il fut fait allusion à cette règle dans les conclusions du procureur du roi dans un procès de 1424, in Arch. nat., X1a 1480, fol. 309 r°.

²⁴¹ F.-A. Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. 4, Belin-Le-Prieur, Paris, pp. 786-787, n° 13 ; R. Delachenal, *Journal des Etats généraux d'octobre 1356*, Nouvelle revue historique du droit, 1900, p. 446.

et publique de pilori, et de peine pécuniaire²⁴². De la même manière, le Parlement invalida le don fait à Henri de Vuerlop de l'office de tailleur de la monnaie d'Angers, exercé jusqu'alors par Jehan le Besson, dans la mesure où si des fautes étaient effectivement reprochées à ce dernier, celui-ci n'avait pas été appelé : « *quod erat necessarium anteqam quis officarius regis a suo officio deponi debeat* »²⁴³.

B . La consécration formelle de l'inamovibilité

69. Sous l'influence de la jurisprudence parlementaire, il est finalement revenu à l'autorité royale, de consacrer formellement l'inamovibilité. Dans ce cadre, pour la partie de la doctrine qui la préfère à la patrimonialité des offices, l'ordonnance du 21 octobre 1467 est traditionnellement présentée comme l'acte fondateur de cette garantie. Cependant, en déterminant les cas de vacance d'un office (2°), cette ordonnance est venue compléter une règle antérieure, relative aux nouvelles nominations (1°).

1°) La vacance de l'office, justification exclusive de nomination d'un nouvel officier

70. Afin de limiter le nombre de procès relatifs aux offices, la couronne fut amenée à réglementer les dons d'offices. Ainsi, par deux ordonnances des 17 mars 1337 et 9 juillet 1341, Philippe VI prit soin de déclarer nuls les dons d'offices et de bénéfices faits par le roi, si ces derniers n'étaient pas effectivement vacants : « *Pour efchiver les granz inconvenienz qui s'estoient enfui ou temps paffé, & encores d'enfuoient chacun jour* », il ne sera plus donné aucun office ou bénéfice « *avant ce que ils ne vacaffent de fait* »²⁴⁴. Confronté à l'hypothèse croissante d'office pourvus par plusieurs personnes, Louis XI devait trouver une solution dans le droit canonique. Dans un mandement adressé au Parlement le 14 juin 1464, il recommanda aux juges de laisser jouir les personnes qui avaient été pourvues les premières, faisant ainsi application de la règle canonique : « *prior tempore potior jure* ». Louis XI réitéra cette exigence par des lettres closes du 22 octobre 1469, en défendant au Parlement : « *qu'audit office de conseiller qui premier sera vacant en nostre dicte court, vous ne recevrez aucun, quelque don que nous en pourrions avoir* ».

²⁴² Arrêt du 20 mars 1417, in Arch. nat., X1a 62, fol. 186.

²⁴³ Arrêt du 7 septembre 1439, in Arch. nat., X1a 70, fol. 109.

²⁴⁴ E. J. de Laurière, *Recueil des ordonnances...*, vol. II, *op. cit.*, 1729, pp. 120 et 166.

faiet paravant la dicte vacation, s'il n'a nouvel don ou provision de nous touchant iceluy office depuis la dicte vacation advenue »²⁴⁵.

71. Cette garantie fut appuyée par une autre concession importante faite par la personne royale : le droit de présentation en faveur des officiers de judicature. En vertu de celui-ci, le roi abandonnait son pouvoir de nomination discrétionnaire des officiers, au profit du droit pour les officiers de judicature d'une compagnie, de présenter à la nomination, plusieurs personnes propres à exercer les fonctions d'officier. Par ce biais, se trouvait renforcé le contrôle de la vacance effective de l'office à pourvoir. La première mesure en ce sens, revêtait en principe un caractère strictement temporaire, justifié par les débuts de la guerre de Cent ans. Par une ordonnance du 5 février 1388, Charles VI accorda un droit de présentation au chancelier et au Parlement, en précisant qu'en cas de pluralité de choix, le plus capable serait choisi : « (5) - *Voulons et ordonnons que nul ne soit mis au lieu et nombre ordinaire dessus dit, quant le lieu vaequera, se premièrement il n'est tesmoingnié à Nous par nostre amé et féal Chancelier et par les Gens de nostre dit Parlement, estre souffisant à exercer le dit Office, et pour estre mis au dit lieu et nombre dessus dit ; et se plusieurs le requéroient ou estoient à ce nommez, que on preigne et élise le plus souffisant »²⁴⁶. Cette mesure devait acquérir un caractère permanent douze ans plus tard avec l'ordonnance du 7 janvier 1400. Ce texte visait aussi bien les membres du Parlement que ceux des juridictions inférieures, telles que les sénéchaussées et bailliages. L'accent était clairement mis sur la nécessité de pourvoir des personnes compétentes en droit, limitant encore le caractère discrétionnaire de la nomination :*

« (18) – Souffisans ; et samblablement que l'on y en mette, se faire se peut, de tous les Pays de Que d'oresnavant quant les Lieux de résidens et des autres Gens de nostre Parlement vacqueront ceux qui y seront mis, soient prins et mis par élection, et que nostre dit Chancelier aille en sa personne en nostre Court de nostre dit Parlement, en la présence du quel y soit faicte la dicte Eleccion, et y soient prinses bonnes personnes, sages, lettrées, expertes et notables selon les lieux où ilz seront mis, afin qu'il y soit pourveu de telles personnes comme il appartient à tel siège, et sans aucune faveur ou acception de personnes ; et aussi que entre les autres, l'en y mette de nobles personnes qui seront à ce nostre Royaume, pour ce que les Coustumes des Lieux sont diverses, afin que de chascuns Pays ait Gens en notre dicte court qui coignoissent les Coustumes des Lieux, et y soient experts.

²⁴⁵ E. J. de Laurière, C. de Pastoret, *Recueil des ordonnances...*, vol. XVII, *op. cit.*, 1820, p. 260.

²⁴⁶ G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 47.

(20) – *Que quant les sièges des Sénéchaucies et Bailliages de nostre Royaume, vacqueront, il y soit pourveu de personnes notables, sages, expertes et congnoissans en fait de justice, selon les Lieux et Pays où ilz seront assis ; lesquelles personnes soient prises par bonne éleccion sans faveur ou acception de personnes, et qui veulent demorer et faire résidence sur leurs Offices en leurs personnes ; et se aucun autre en y a de present, il y soit ost pourveu par nostre dit Chancelier et nostre dicte Cour de Parlement, auxquels Nous en donnons plain pover et auctorité par ces présentes ; les quelx Sénéchaux et Baillifs soient contens de leurs gaiges ordinaires sans dons ; et se il Nous plaist aucune chose donner à aucuns d'eulz selon ce qu'ilz auront bien servi, ce sera au bout de l'an, et n'en seront point assignez sur leurs Exploiz »²⁴⁷.*

72. La règle de la présentation fut successivement réaffirmée sous le même règne, par l'ordonnance du 7 janvier 1407, des lettres du 8 mai 1408, et l'ordonnance du 25 mai 1413 sur la discipline du Parlement²⁴⁸. Cette dernière affina la procédure en prévoyant qu'une fois la vacance ouverte, « *une Commission de deux ou trois vaillants hommes de la Court de parlement ou autres sages et prud'hommes* » devait être élue par le chancelier et plusieurs membres du Conseil du roi. Cette commission était chargée de : « *s'informer diligemment, mais secrètement, tant à nos advocats et procureurs de la Court de parlement, quelle personne sera bonne et idoine à estre mise et colloquée audict lieu qui lors vacquera ; et icelle information, faicte duement sera rapportée en nostredict Court, en la présence de nostredict Chancelier et de ceux de nostredict Grand Conseil* ». Le choix des candidats se faisait ensuite par voie d'élection, le scrutin étant publié²⁴⁹. Puis, les personnes élues étaient nommées par le roi. A compter de l'ordonnance de Montil-lès-Tours du 28 octobre 1446, la règle applicable fut celle de la présentation par le Parlement de trois candidats au roi, parmi lesquels celui-ci devait choisir un titulaire²⁵⁰.

73. Les officiers du Parlement devaient bénéficier dès le règne de Philippe VI, d'une garantie supplémentaire contre le risque de voir leur office donné à une autre personne, sans que celui-ci ne soit effectivement devenu vacant au préalable. Par l'ordonnance du 11 mars 1344, il devait fixer la composition de la cour, en indiquant le nombre de membres de chaque chambre. Sur cette base, il fixa un tableau des présidents et des conseillers « *prenant gage à vie* », et conserva aux

²⁴⁷ G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, pp. 47-49.

²⁴⁸ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 92.

²⁴⁹ « *Et ce faict, par scrutin duement publié, sera pourveu audict lieu à la personne qui, par le moyen dudict scrutin, sera esleue* ».

²⁵⁰ C. Loyseau, *Cinq livres...*, *op. cit.*, livre V, chap. 3, p. 31, n° 39-40.

conseillers en surnombre leur titre et le droit de siéger, sous réserve qu'ils ne prendraient pas de gages.

« *A nos amez et feaulz les gens tenanz nostre Parlement de Paris.*

- (1) – *Ly Roys en son grand Conseil, par bonne et meure délibération, a ordonné pour l'honneur et profit de luy, et de son peuple, et pour plusieurs causes justes et raisonnables, que pour gouverner sa justice capitale, c'est à sçavoir son parlement, seront en son dit parlement, prenanz gaiges accoustumez, quinze Clercs et quinze Laïs, outre les trois Présidens, qui ont gaiges separez, et autres que les dessus-diz, et sans ceux, à qui ly Roys a donné leurs gaiges à vie.*
- (4) – *Et combien que moult grand nombre de personnes ayent été et soient ès dessus-dits Estaz, par ce meisme Conseil, les personnes cy-dessus nommées, sont Esleuz à demourer, pour exercer et continuer les diz Estaz, aux charges accoustumez. Et toutes voyes se il plaist aux autres venir esdiz Estaz, et Offices, il plaist bien au Roy, que il y viengnent, mais ils ne prenront gaiges, jusques à tant, que ils seront mis au lieu des susdiz nommez Zsleuz.*
- (5) – *Les dessus diz au nombre demoureront continuelement ou dit parlement, pour faire leur office, et ne s'en partiront durant le Parlement, se ce n'est par la licence du Parlement »²⁵¹.*

2°) L'énumération des cas de vacance de l'office par l'ordonnance du 21 octobre 1467

74. Une fois posée et garantie la règle suivant laquelle un office ne pouvait être donné à un nouveau titulaire, hors le cas de la vacance de celui-ci, demeurait en suspend la question de la détermination de ces cas. A défaut d'une liste exhaustive, la détermination des cas de vacances relevait largement de la seule appréciation du roi. Les seules limites résidaient dans le besoin qu'avait la couronne de recourir à des officiers de judicature stables, et dans la jurisprudence des parlements concernant la révocation pour juste motif. De manière assez paradoxale, eu égard au nombre d'atteintes dont firent l'objet les officiers sous son règne, les cas de vacances furent arrêtés par l'ordonnance du 21 octobre 1467. Au terme de ce texte, ces cas étaient fixés au nombre de trois : la mort, la résignation, ou la forfaiture jugée par un juge compétent.

²⁵¹ Ordonnance du 11 mars 1344, reproduite in E. J. de Laurière, *Recueil des ordonnances...*, vol. II, *op. cit.*, 1729, pp. 219 et s.

« Loys, par la grace de Dieu, Roy de France, à tous ceux que ces presentes lettres verront, salut.

Comme depuis notre avenement à la couronne, plusieurs mutations ayant été faictes en noz offices, laquelle chose en est en la plus part advenue à la poursuite et subjection d'anciens, et nous non advertiz duement ; par quoy ainsy que entendu avons et bien cognoissons estre vraissemblable, plusieurs de noz officiers, doubtant cheoir au dict inconvenient, de mutation et de destitution, n'ont pas tel zel et ferveur a nostre service qu'ilz auroient se n'estoit la dicte doute ; scavoir faisons que nous, considérant que en nos officiers consiste, soubz nostre auctorite, la direction des faicts par les quelz est policee et entretenue la chose publique de nostre royaume, et que d'icelluy ilz sont les ministres essentialx, comme membres du corps dont nous sommes le chief ; voulant extirper d'eux icelle doute, et pourvoir à leur seurete en nostre dict service, tellement qu'ilz ayent cause de y faire et perseverer ainsy qu'ilz doivent.

Statuons et ordonnons par ces presentes que desormais, nous ne donnerons aucun de noz offices s'il n'est vaquant par mort ou par resignation faicte de bon gre et par consentement du resignant, dont il apperre duement, ou par forfaiture prealablement jugee et declaree judiciairement, et selon les termes de justice par juge competent et dont il apperra semblablement ; et s'il advient que par inadvertance, importunite de requerans ou autrement, nous faisons le contraire, nous, des maintenant pour lors, le revocquons et adnullons et voulons que aucunes lectures n'en soient faictes ne expediees, et si faictes estoient que ne à icelles, ne à quelxconques autres que l'on pourrait sur ce obtenir de nous, aucune foy, ne soit ajoutee, ne que, pour ce, aucun soit destitue de son office, ne inquiete en icelluy »²⁵².

Il est intéressant de souligner que, parmi les motifs invoqués à l'appui de cette mesure, ressort nettement le souci d'assurer le bon fonctionnement du service de la justice, et plus largement de « *la chose publique* ». Si la volonté de récompenser la fidélité des officiers loyaux n'était sans doute pas totalement exempte de ce texte, ce dernier visait surtout à tirer les conséquences des inconvénients de la nomination et de la révocation discrétionnaires des officiers, par le roi. Cette garantie fut affinée près d'un siècle plus tard, par les ordonnances de 1547 et 1560, interdisant de solliciter l'attribution d'offices dont les titulaires auraient forfait, tant qu'ils n'auraient pas été condamnés par sentence définitive²⁵³.

²⁵² Edit du 21 octobre 1467, reproduit in E. J. de Laurière, C. de Pastoret, *Recueil des ordonnances...*, vol. XVII, *op. cit.* 1820, p. 25.

²⁵³ C. Loyseau, *Cinq livres...*, *op. cit.*, livre I, chapitre XIII, pp. 146 et s.

75. Cependant, malgré l'apport incontestable de ce texte, restait pleinement valide la théorie suivant laquelle les nominations faites par un roi n'étaient pas opposables à son successeur. De la conjonction de l'édit et de cette théorie, devait résulter ce que le Professeur Royer appelle : « *L'inamovibilité pour un règne* ». Ainsi pour illustration, par des lettres patentes du 13 mars 1341²⁵⁴, Philippe VI reconnaissait que les officiers nommés à vie, pouvaient être révoqués par le successeur du roi défunt, bien qu'ils n'aient pas méfait. De la même manière, les Etats généraux réunis en 1484, après la mort de Louis XI, avaient considéré les offices vacants *per obitum principis*²⁵⁵. Cette théorie avait néanmoins connu une première atténuation dans le contexte de la Guerre de Cent ans, sous l'influence du droit canonique. En effet, suite à la capture et à la détention de Jean II par les Anglais, s'était dégagée l'idée selon laquelle existait, au dessus de la personne des rois, le royaume de France²⁵⁶. Les officiers du roi devenaient dès lors les officiers du royaume. Ainsi était-il d'usage depuis Charles V, de confirmer les officiers royaux nommés par le roi défunt. Il s'agissait bien là d'une atténuation de la théorie de « *l'inamovibilité pour un règne* », et non d'une remise en cause de celle-ci, dans la mesure où la confirmation des officiers prenait la forme d'une nouvelle nomination.

Toutefois, en déterminant expressément les cas de vacances, l'ordonnance du 21 octobre 1467 devait offrir un argument sérieux, à l'idée suivant laquelle la mort du roi n'emportait pas vacance des offices. C'est ainsi que la jurisprudence du Parlement va refuser, à compter de la fin du XVe siècle, d'admettre la mort du roi comme ouvrant la vacance des offices, en ordonnant la réformation des lettres de provisions qui seraient ainsi libellées. Ainsi, dans un arrêt du 12 juillet 1498, le Parlement va recevoir Picert, Bailli de Teurnaisis, à charge de faire réformer ses lettres de provisions qui portaient l'office de bailli vacant : « *par ce que depuis le nouvel avènement à la couronne le roy n'y a pourvu* »²⁵⁷. Néanmoins, c'est surtout la position du Grand Conseil (du roi) qui, orientée dans le même sens que la jurisprudence du Parlement, va donner tout son relief à cette règle. A l'occasion d'un arrêt du 20 décembre 1498, le Grand Conseil semble en effet être passé outre l'argument de la vacance de l'office pour cause de mort du roi *per obitum principis*, en ouvrant la procédure à propos de l'attribution de l'office de lieutenant de sénéchal d'Anjou pour, pour lequel des lettres de provisions avaient été obtenues depuis

²⁵⁴ F.-A. Isambert, *Recueil général des lois...*, t. 4, *op. cit.*, p. 465.

²⁵⁵ J. Masselin, trad. A. Bernier, *Journal des Etats généraux tenus à Tour en 1484*, Imprimerie royale, Paris, 1825, p. 85.

²⁵⁶ Cette idée constituait aussi la justification des lois fondamentales du royaume relatives à la continuité et à l'indisponibilité de la couronne, ainsi qu'à l'inaliénabilité du domaine.

²⁵⁷ Arrêt du 12 juillet 1498, in Arch. nat., X1a 4839, fol. 313 r^o.

l'avènement du nouveau roi Louis XII. Sous l'impulsion de cette jurisprudence, les rois successifs, Charles VIII, Louis XII et François I^{er}, vont modifier le sens de leurs ordonnances afin de mettre un terme aux procès interminables qui pouvaient être soulevés par les officiers destitués sous le précédent règne. Aussi, il ne va plus s'agir pour eux de nommer à nouveau les officiers, mais simplement de maintenir ceux des officiers qui étaient en possession d'un office à leur avènement. Par exemple, à la mort de Louis XI, des lettres patentes du 29 janvier 1483 avaient confirmé les droits des officiers qui étaient en jouissance de leur office à la mort du roi²⁵⁸. Comme le relève Edgard Blum, cette idée ressort très clairement dans l'arrêt du Grand Conseil du 3 avril 1516²⁵⁹.

A partir du XVI^e siècle, les lettres de confirmation vont apparaître comme une simple formalité fiscale. Aussi, malgré la teneur des ordonnances de confirmation, l'office va uniquement être considéré comme vacant dans l'hypothèse où l'officier ne prendrait pas de lettre de confirmation. Néanmoins, la rigueur de cette dernière règle va à son tour être atténuée par des lettres d'Henri II des 27 avril 1540 et 30 mars 1548. Celles-ci vont effectivement proroger successivement le délai imparti aux officiers pour obtenir des lettres de confirmation. Dans les mêmes registres, il apparaissait également que le défaut de demande de lettres de confirmation, se trouvait seulement sanctionné par la suspension ou l'interdiction d'exercice de l'office, et non par sa vacance.

76. Dans ces circonstances, Albert Desjardins avait raison de désigner l'ordonnance du 21 octobre 1467, sous l'appellation de : « *titres authentiques de l'inamovibilité en France* ». En accordant cette garantie de stabilité à l'ensemble des magistrats, le roi leur assurait par là, une certaine indépendance personnelle dans l'exercice de leurs fonctions.

SECTION 2 . Une garantie d'indépendance confortée par l'émancipation de la magistrature

77. Si les critiques formulées par Michel Debré à l'encontre de l'inamovibilité, se trouvaient fondées à la veille de la V^{ème} République, il en allait autrement lors de la survenance de la Révolution française. Loin de placer les magistrats dans une situation de dépendance vis-à-vis de la couronne, l'inamovibilité

²⁵⁸ Arch. nat., X1a 4825, fol. 106.

²⁵⁹ Arch. nat., U 625, fol. 699. Voir : E. Blum, *op. cit.*, p. 9.

était alors honnie des révolutionnaires, pour avoir enfanté d'un « *gouvernement des juges* » sous l'Ancien Régime. A la fin du XVe siècle déjà, la stabilité assurée par l'ordonnance du 21 octobre 1467, conjuguée à l'impossibilité matérielle pour le roi de superviser l'activité de l'ensemble des juridictions royales, avait garanti aux magistrats une certaine indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. Toutefois, par le truchement de la justice retenue et des différents cas de vacance prévus par cette ordonnance, le monarque conservait un contrôle sur l'administration de la justice.

Mais, en contribuant au développement de la patrimonialité des offices (§ 1), tout en maintenant les compétences extrajudiciaires des parlements (§ 2), le roi devait rompre l'équilibre initialement assuré par l'inamovibilité. Alors qu'elle constituait à l'origine, une garantie personnelle de stabilité en faveur de chaque magistrat, l'inamovibilité est devenue synonyme de garantie d'indépendance de la magistrature dans l'exercice d'une fonction politique.

§ 1 . L'appropriation de la justice par les magistrats parlementaires

78. Le développement de la vénalité puis de l'hérédité des charges de judicature, à partir de la fin de la Renaissance, se trouvait justifié par un double souci. Pour les officiers, il répondait au besoin de s'élever dans la hiérarchie sociale de l'Ancienne Monarchie, structurée autour d'une « *société d'Ordres* ». Pour la couronne, il s'agissait de répondre à une exigence financière sans cesse croissante, en raison des visées hégémoniques du monarque au sein et au-delà des frontières du royaume. Cependant, en autorisant les magistrats à se recruter eux-mêmes, la patrimonialité des offices devait nécessairement entraîner à terme, une appropriation de la fonction judiciaire par ceux-ci. Effectivement, alors que la vénalité était initialement destinée à garantir à son titulaire, une certaine maîtrise du prix de l'office (A), elle a évolué dans le sens de l'émergence d'une inamovibilité « patrimoniale » de l'officier (B).

A . La vénalité des offices de judicature

79. La notion de « *vénalité des offices* » est impropre pour décrire le phénomène d'appropriation des offices, qui a caractérisé l'Ancien Régime. La vénalité se limitait alors au seul prix de l'office. D'abord refusée par le Pouvoir royal en raison du principe de l'indépendance de l'office (1°), son autorisation a été conditionnée par la distinction entre le prix et le corps de l'office (2°).

1°) L'indépendance de l'office, fondement du rejet initial de la vénalité

80. A l'origine, l'idée que les offices puissent être vénaux, entrainait en contradiction avec le principe même de l'existence de l'office. Ce dernier était conçu comme une institution permanente fondamentalement distincte de toute personne physique. Selon le propos du Professeur Wolter, l'objet même de l'office était de rendre l'activité de l'Etat indépendante de la faiblesse humaine et faire en sorte que son action soit pleinement efficace en pratique. Aussi, le titulaire de l'office ne pouvait logiquement être considéré comme le propriétaire de celui-ci²⁶⁰.

81. Dès les Etats généraux de 1356, l'ordonnance rendue s'était fait fort de prohiber la vente ou le louage d'offices « *appartenant au fait de la justice* ». Le roi lui-même devait aller dans le sens que les Etats généraux, à compter du milieu du XVe siècle, allant jusqu'à édicter des peines contre ceux qui contreviendraient à cette règle. Dans son ordonnance d'avril 1450, Charles VII justifiait cette mesure par la nécessité de voir les offices pourvus par des personnes compétentes : « *Voulant que nos offices soient donnés et confiés à gens suffisans et idoines, libéralement de notre grâce et sans aucunes choses payer, afin que sans exécution, ils administrent la justice* »²⁶¹. Par l'ordonnance de Montil-lès-Tours d'avril 1453, Louis XI devait réaffirmer la règle avec force, en appuyant sur les sanctions encourues en cas de violation de celle-ci : « *Que dorénavant, nos dictz officiers et conseillers ne reçoivent aucune promesse ne don d'aucune chose meuble ou immeuble, pour faire avoir n'obtenir aucun desdictz offices de nous, sur peine à nos officiers et conseillers, de payer à nous le quadruple d'autant comme leur auroit esté promis, donné ou baillé, et d'encourir nostre indignation et d'en estre puniz grièvement* ».

Devant la résistance de la vénalité officieuse des offices, Charles VIII devait ajouter aux sanctions temporelles, une sanction spirituelle, en instituant la religion du serment. L'ordonnance du 11 juillet 1493 prévoyait effectivement que le magistrat devait, avant d'être institué ou reçu, prêter serment devant Dieu qu'il n'avait pas acheté ou loué son office : « (68) – *Nous ordonnons que doresnavant aucun n'achète office de judicature en noste royaulme, ne pour iceulx avoir, bailler, ne promettre, ne faire bailler ne promettre, par luy ne aultre, or, argent, ne chose équipolente, et de ce il soit tenu faire serment solemnel avant que institué et receu ; et il s'est trouvé avoir faict ou faisant le contraire, le privons et déboutons, présent*

²⁶⁰ U. Wolter, *L'Officium en droit ecclésiastique médiéval : un prototype de l'administration moderne*, in Antonio Padoa-Schioppa (dir.), *Justice et législation, Les origines de l'Etat moderne en Europe*, PUF, Librairie européenne des idées, Paris, 2000, p. 41.

²⁶¹ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 95.

dudict office, lequel déclarons impénétrable »²⁶². L'institution de l'élection des magistrats, devait constituer par la suite une raison supplémentaire pour la couronne, de condamner la vénalité des offices de judicature. C'est ainsi qu'en 1515, le Chancelier Duprat venu en visite au Parlement, au nom du roi, déclara : « *que le Roi était bien déterminé à maintenir les élections et empêcher que les charges de la Magistrature soient avilies et deshonorées par de mauvais choix* ». De la même manière, la régente estimait devant la même cour en 1525 : « *qu'il n'avoit aucune crainte à concevoir sur la vénalité ; ... que désormais, il ne tiendrait qu'au parlement de procéder à l'élection suivant les anciennes formes* »²⁶³.

82. Les Etats généraux et le roi n'étaient d'ailleurs pas les seuls à critiquer initialement la vénalité des offices de judicature. Le Parlement lui-même œuvrait en ce sens. Les avocats du Parlement prenaient soin de rappeler à l'occasion de leurs plaidoiries que les offices n'étaient pas « *in commercio hominum* »²⁶⁴. Dans l'hypothèse où l'une des parties reprochait à l'autre « *a ia vendu (son office) non obstant que c'est office de iudicature* », le procureur du roi requérait immédiatement que le coupable jure par serment « *que onques ne vendit ne ne volt vendre led office* »²⁶⁵. Dans le cas contraire, le défendeur ne pouvait soutenir ses prétentions. Les offices de juridictions contentieuses se trouvaient principalement concernés. Ainsi pour illustration, le Bailli de Meaux Jacques d'Ormoy, s'étant vu reprocher d'avoir acheté son office mille deux cents écus, il ne chercha pas à nier. Toutefois, il précisa que si son prédécesseur, Philippe de Poitiers, avait effectivement reçu une telle somme, c'était du roi et non de lui²⁶⁶. De la même manière, Pierre Payon ayant été accusé d'avoir donné ou promis de l'argent pour l'office de garde de scel à Troyes, il chercha à se disculper en indiquant : « *combien qu'il y a plusieurs offices que l'on peut vendre, comme sergenteries* ». Néanmoins, la partie adverse prit soin de souligner la situation particulière des offices de judicature, en relevant qu'acheter un tel office : « *n'appartient pas veu que c'est manière de judicature et n'est simile la sergenterie. Et supposé que roi suefre que telx offices se vendent, c'est vray quant l'en a congié du roy de ce faire, ce que n'avait pas Paillon* »²⁶⁷. Dans l'hypothèse où

²⁶² *Ibid.*, p. 96.

²⁶³ *Ibid.*, p. 94.

²⁶⁴ Exemple de l'arrêt du 14 avril 1497, in Arch. nat., X1a 8324, fol. 229 v°.

²⁶⁵ Exemple de l'arrêt du 22 avril 1407, in Arch. nat., X1a 4787.

²⁶⁶ Exemple issu de K. Weidenfeld, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIVe-XVe siècles)*, Thèse de doctorat, L'auteur, Paris, 1999, p. 159.

²⁶⁷ Exemple de l'arrêt des 15 et 30 octobre 1409, in Arch. nat., X1a 9187, fol. 165, 168 v°, 169, 189 v°, 267.

l'office était considéré comme dépourvu d'un caractère patrimonial, il convenait d'affirmer l'imprescriptibilité des litiges relatifs à ceux-ci : « *nisi mediante titulo a fisco concessio* ».

83. Le principe de l'interdiction de la vénalité des offices n'avait cependant pas pour objet de remettre en cause l'inamovibilité des officiers. Cette garantie et la vénalité apparaissaient bien comme deux notions distinctes. Tandis que l'inamovibilité correspondait à l'interdiction de déclarer un office vacant sauf cas de résignation, de mort ou de forfaiture jugée judiciairement, la vénalité se présentait comme la vente d'un office moyennant une somme d'argent correspondant à sa valeur. Si la vénalité était rejetée, en revanche l'inamovibilité était défendue. Ainsi, lorsque les Etats généraux se réunirent en 1484 suite au décès de Louis XI, ils critiquèrent la vénalité au nouveau roi Charles VII, et sollicitèrent trois réformes : l'élection des juges par leurs pairs, l'inamovibilité des magistrats, et l'établissement d'un traitement fixe²⁶⁸. De la même façon, l'inamovibilité devait trouver un appui de taille à l'aube du « *procès des trois cents ans* », en la personne du chancelier Bellièvre. Celui-ci était partisan d'un « *quatrième Etat* » des gens de robe, et se faisait l'apôtre de parlements puissants et honorés. A cette fin, il souhaitait d'une part, que les cours souveraines ne soient plus soumises à la concurrence judiciaire du Conseil du roi, par la suppression des évocations, et d'autre part, que les officiers de judicature bénéficient tous de l'inamovibilité. En revanche, il s'opposait à la vénalité des offices pour des raisons essentiellement politiques, résidant dans le risque pour le roi de ne plus contrôler la nomination et la révocation des officiers de judicature²⁶⁹.

2°) La reconnaissance de la vénalité, fondement d'une emprise sur le prix de l'office

84. Bien que le principe fut celui de la prohibition de la vénalité des offices de judicature, le nombre de dérogations à celui-ci ne cessa de s'accroître, jusqu'à donner naissance à une vénalité officielle publique à partir de la fin du XVI^e siècle.

85. Plusieurs justifications légitimaient de prime abord le développement d'une vénalité officieuse privée. Dans le cadre du renouveau du droit canonique en France, les légistes devaient s'inspirer d'une pratique séculaire dans le domaine ecclésiastique : la *resignatio in favorem*. Celle-ci permettait à un clerc de résigner son bénéfice de son vivant en faveur d'un autre clerc, sous réserve de respecter quatre conditions cumulatives : le clerc résignataire devait avoir la capacité canonique requise ; la résignation devait être gratuite et faite entre vifs ; et le

²⁶⁸ G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 104.

²⁶⁹ R. Mousnier, *op. cit.*, pp. 1133-1136.

résignant devait survivre vingt jours après l'acte de résignation. Cette dernière condition suspensive avait pour objet d'empêcher que la résignation ne soit arrachée *in extremis*, sans son consentement, à un bénéficiaire plus ou moins conscient. A défaut de réunir ces quatre conditions, la résignation était réputée nulle. Les canonistes modifièrent cette pratique par le biais de la théorie juridique de la cause contractuelle. Selon celle-ci le nouveau titulaire du bénéfice devait verser au résignant une somme d'argent correspondant au prix du bénéfice, à défaut de quoi la résignation était réputée nulle. Le contrat avait donc pour objet le bénéfice, et pour cause le prix acquitté. Afin de parer à la critique du crime de simonie, les canonistes opérèrent une distinction entre l'office et le droit de présentation. L'office ecclésiastique et ses fonctions spirituelles étaient considérées comme étant hors commerce, tandis que le droit de présentation à l'autorité concédant le bénéfice, était susceptible de faire l'objet d'un prix²⁷⁰.

A côté de l'influence du droit ecclésiastique, il semble que la vénalité de certains offices ait été admise relativement tôt en raison de leur faible importance ou de leur caractère domanial. Il en allait ainsi des petits offices qui pouvaient faire l'objet d'une résignation vénale. Selon Katia Weidenfeld²⁷¹, il semblerait même qu'elle ait acquis un certain caractère officiel, en étant exposée devant le Châtelet de Paris. Néanmoins, il s'agissait essentiellement de compensations pécuniaires correspondant aux frais de résignation. Amené à connaître d'une telle situation, le procureur du roi ne condamna pas le contrat par lequel un office de verdier était résigné au profit de Jehan de Lespinai, moyennant trente francs, estimant que : « *s'il [Jehan de Lespinai] luy promist payer ses fraiz et despens, ce n'est pas pour ce contract de vendicion* »²⁷². Dans certains cas cependant, la somme sensée correspondre aux frais de résignation, paraissait tout de même trop excessive pour ne pas cacher une vraie vente. Ainsi, un avocat à la Cour des aides fit admettre la résignation d'un office de sergent de grenier à sel, moyennant le paiement d'une somme de douze écus d'or²⁷³. Au-delà, les rois avaient pris l'habitude dès le XIII^e siècle, d'affermir les charges inférieures de judicature, comme le prévoyaient par exemple les articles 19 et 20 de l'ordonnance de Saint Louis de 1256. C'était le cas des prévôts qui se voyaient attribuer leur charge à ferme, c'est-à-dire par adjudication au plus offrant²⁷⁴. Enfin, les offices domaniaux tels que les greffes, tabellionnages,

²⁷⁰ P. Sueur, *Histoire du droit public français...*, t. 2, *op. cit.*, pp. 277-278.

²⁷¹ K. Weidenfeld, *op. cit.*, p. 157.

²⁷² Exemple de l'arrêt des 17 et 26 novembre 1393, in *Bibl. nat.*, 23679 fol. 7 et 8.

²⁷³ Exemple de l'arrêt du 29 mars, *Arch. nat.*, ZIa 30, fol. 79 v^o.

²⁷⁴ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française...*, t. 1, *op. cit.*, p. 17.

notariats et gruries, pouvaient être concédés suivant une double modalité : soit ils étaient donnés à ferme ; soit ils étaient engagés comme une portion du domaine incorporel de la couronne, en raison des droits domaniaux qui y étaient attachés²⁷⁵.

86. Cependant, le roi pouvait être lui même la source de l'atteinte au principe de l'interdiction de la vénalité des offices. C'était notamment le cas dans le cadre de trafics d'influence. Ainsi accusé par le procureur du roi de « *vendre ou marchander d'offices* », Jehan de Montfort, notaire royal avait essayé de se disculper en invoquant les trafics d'influence qui avaient suivi l'entrée des Bourguignons dans Paris. Il affirmait à l'appui : « *Savoisy et autres estoient auctour du roy ; en ce temps, quant un office vaquoit, le roy ne les donnoit que par le moien d'eulx et moyennant prouffit, mesmement d'offices qui n'estoient pas de judicature* ». Sans nier cette situation, le procureur du roi sanctionna Jehan de Montfort en estimant que la coutume ou l'usage déraisonnable n'était pas de nature à l'excuser²⁷⁶. C'était également le cas lorsque le roi accordait une grâce individuelle. Pour illustration, Louis XI autorisa le receveur ordinaire de bailliage de Meaux à résigner son office au profit de l'époux de sa nièce « *et de lui prendre et avoir tel prouffit qu'il en pourra avoir pour une foy* »²⁷⁷. Il pouvait aussi accorder une telle grâce afin d'aider un officier en situation d'endettement²⁷⁸. Le roi intervenait parfois par un prêt d'argent. En ce sens, le Professeur Mousnier cite le cas de Nicolas de Louviers, receveur des aides, qui reçut huit cent livres du roi en 1451, « *pour luy ayder à payer sa charge* »²⁷⁹. Enfin, le roi pouvait réformer un arrêt du Parlement, en décidant d'évoquer devant son Conseil une affaire relative à une résignation onéreuse d'office. Ce fut le cas suite à la confirmation de Jean de Merlo dans l'office de bailli de Saint-Pierre-le-Moûtier, le Parlement ayant constaté que Guillaume de Neuville avait acheté cet office pour cinq cents francs et une pension²⁸⁰.

Par ailleurs, le contrôle juridictionnel du respect de l'interdiction de la vénalité des offices devait connaître ses limites. Le principe d'imprescriptibilité « *nisi mediante titulo a fisco concessio* » fut ainsi battu en brèche par les avocats au Parlement. Ceux-ci invoquèrent en effet l'édit de Razille du 27 mai 1446, interdisant

²⁷⁵ P. Sueur, *Histoire du droit public français...*, t. 2, *op. cit.*, p. 279.

²⁷⁶ Exemple de l'arrêt du 2 mars 1424, in Arch. nat., X1a 4793, fol. 389.

²⁷⁷ Bibl. nat., 5909 fol. 261.

²⁷⁸ Exemple de l'arrêt du 12 avril 1410, in Arch. nat., X1a 57, fol. 122.

²⁷⁹ R. Mousnier, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, PUF, Paris, 2^e éd., 1971, p. 14.

²⁸⁰ Exemple de l'arrêt du 7 avril 1410, in Arch. nat. X1a 4788, fol. 457.

d'inquiéter les officiers qui avaient possédé leur office pendant une durée de cinq ans. Si cette règle avait été adoptée à titre provisoire pour les offices vacants entre 1418 et 1436, dans le contexte des désordres nés de la guerre civile, elle fut néanmoins érigée en principe général. Comme l'écrivait Piédefer : « *puis que aucun a joy par cinq ans de ung office sans inquietacion, on ne le peut inquiéter in possessorio neque in petitorio* ». La prescription quinquennale fut accueillie par le Parlement²⁸¹. A compter du XVIe siècle, furent également invoquées à l'appui de ce principe, des références romaines. Pour illustration, dans un arrêt de 1497, il fut fait référence à la loi *Imperatores*, laquelle empêchait jadis les décurions majeurs condamnés à plus de cinq ans de relégation, de retrouver leurs fonctions à leur retour²⁸². La raison invoquée à l'appui de la prescription quinquennale, était la nécessité d'assurer la continuité de l'office.

87. La vénalité officieuse privée devait trouver son prolongement dans le développement d'une vénalité officielle, déclinée en une vénalité publique et une vénalité privée.

La vénalité publique était celle par laquelle le roi cédait un office moyennant un prêt d'argent. Elle était apparue sous Louis XII concernant les offices de finances, et avait été justifiée par le souci d'instituer de nouvelles impositions. François I^{er} devait généraliser cette pratique, en l'appliquant indistinctement aux offices nouvellement créés, aux offices revenus à lui en raison du décès de leur titulaire n'ayant pas résigné, et aux offices confisqués par sentence judiciaire. D'un point de vue technique, l'opération prenait la forme d'une session d'office en garantie d'un emprunt forcé. Dans la mesure où ce dernier n'était jamais ou très rarement remboursé dans la pratique, l'opération pouvait être considérée comme une véritable vente. Elle pouvait prendre deux formes : par adjudication pour les plus importantes, et de gré à gré pour les autres. A compter du mois de mars 1523, le produit de ces ventes fut reversé au Trésorier des parties casuelles en tant que recettes extraordinaires et non chiffrables à l'avance. En 1524, fut créé spécialement pour la gestion de la vénalité officielle publique, la Recette générale des parties casuelles. L'institution devait bientôt être communément appelée : bureau des parties casuelles. Louis XIV et Louis XVI devaient à leur tour renforcer ce commerce, en créant au gré des guerres, des offices semestres ou trimestres, c'est à dire des offices dont les fonctions étaient divisées dans le temps, et qui présentaient l'avantage pour la couronne de pouvoir être vendus sous forme de parts.

²⁸¹ Par exemple, l'arrêt des 6 et 10 mars 1489, in Arch. nat., X1a 8380, fol. v^o et 52 v^o ; de même l'arrêt du 10 janvier 1497, in Arch. nat., X1a 8324, fol. 55.

²⁸² Arrêt du 10 janvier 1497, in Arch. nat., X1a 8324, fol. 55.

88. La vénalité officieuse privée, à défaut d'avoir pu être supprimée, s'était maintenue dans la pratique. D'ailleurs, l'apparition et l'institutionnalisation de la vénalité officielle publique devait la favoriser, dans la mesure où il apparaissait équitable de permettre à un officier qui avait acheté sa charge au roi, à défaut de remboursement du prêt par ce dernier, de rentrer dans ses finances en décidant de la céder au montant du prêt versé au roi. Cependant, la couronne essaya de renforcer la vénalité publique au détriment de la vénalité privée, en cherchant à réduire le nombre des résignations au profit du bureau des parties casuelles. Ce fut là l'objet de la règle des quarante jours instituée en 1534 par François I^{er}, laquelle prévoyait que le résignant devait survivre quarante jours à l'acte par lequel il résignait son office. A cette condition de temps, s'ajoutait l'obligation de verser une taxe d'un montant équivalent au quart de la valeur de l'office estimé en Conseil (quart denier), et considérée comme la transposition des règles fiscales de mutation en matière de fiefs. La vénalité officielle privée était ainsi pleinement consacrée. Avant le versement de la taxe, le roi pouvait toujours exiger l'annulation de la résignation et l'office vendu au profit d'un créancier ou donné à son candidat. Mais une fois la taxe versée, l'acceptation de la résignation devenait définitive.

B . La patrimonialité des offices de judicature

89. Première étape du processus d'appropriation de l'office, la portée de la vénalité aurait pu demeurer circonscrite, si elle n'avait pas été complétée par l'hérédité, ni précédée par l'inamovibilité. Sous l'influence de l'hérédité, le régime du prix de l'office a été étendu au corps de celui-ci (1^o). Puis, sous l'impulsion conjuguée de la vénalité et de l'hérédité des offices, les hypothèses de vacance prévues par l'ordonnance de 1467, ont été réduites à une seule (2^o).

1^o) La reconnaissance de l'hérédité, fondement d'une emprise sur le corps de l'office

90. A l'occasion d'une mesure de circonstance, Charles IX avait dispensé les résignant du versement de la taxe de transmission et de la clause des quarante jours, moyennant le versement en une seule fois du tiers de la valeur de l'office (tiers denier). Officiellement, cette mesure avait été justifiée par l'ordonnance du 12 novembre 1567, qui l'avait instituée, au motif : *« que le roi veut empêcher la ruine de plusieurs bonnes familles de nos subjects, lesquels, pour la volonté et affection qu'ils ont d'estre nos officiers, vendent la plus grande et claire partie des biens qui leur ont esté acquis et délaissés par leurs prédécesseurs, ou constituent rentes sur iceux pour acheter nos offices vénales, et advient que tost après ils décèdent sans*

avoir résigné les dits offices, lesquels par ce moyen sont perdus pour leurs femmes et héritiers ». La mesure fut néanmoins successivement renouvelée²⁸³.

Cependant, trente ans plus tard, par un édit de 1597, Henri IV devait revenir sur le système des survivances, en demandant aux cours souveraines de faire respecter scrupuleusement la clause des quarante jours portée sur les lettres de provision. A défaut, les lettres étaient réputées nulles. Par des édits de décembre 1597 et juin 1598, toutes les survivances furent révoquées. Mais pour échapper à la règle des quarante jours, le Professeur Mousnier relève que des héritiers n'hésitaient pas à recourir à des procédés malhonnêtes. Certains passaient une procuration pour résigner après le décès de l'officier. D'autres gardaient caché le décès de l'officier, jusqu'à ce que le délai de quarante jours soit atteint. C'est ainsi que, en 1599, la famille du président du parlement de Toulouse avait fait payer la taxe de résignation douze jours après le décès du résignant, et la famille d'un conseiller, cinq jours après. Dans ces deux cas, les corps des officiers de judicature avaient été conservés dans leur lit, comme s'il s'agissait de malades, pendant cinquante-deux jours pour le premier et quarante-cinq jours pour le second. Dans les provinces les plus éloignées, l'auteur cite encore pour l'anecdote que la plupart des officiers ne demandaient plus de lettres de provision au roi, et se faisaient pourvoir par inscription sur un registre matricule, par les autres officiers. Le profit lié aux mutations échappait dès lors totalement à la couronne, de sorte qu'en 1600-1601, la gestion des offices par le bureau des parties casuelles ne produisait plus que 500 000 livres par an, dont 150 000 pour les seuls offices de judicature.

91. Dans ce contexte, et en raison des besoins pécuniaires croissants du roi, liés à la centralisation et au renforcement du pouvoir à l'intérieur, ainsi qu'aux guerres à l'extérieur du royaume, la règle des quarante jours devait de nouveau être remise en cause. Dès 1597, le Jursiconsulte Jacques Leschassier avait rédigé un projet d'édit prévoyant que le roi pourrait accorder en fief ou en censive les offices, sous réserve de payer, pour les féodaux, le droit de relief et le rachat, et pour les censuels, les lods et ventes ainsi qu'un cens annuel. Ce système aurait conduit à un retour à un régime féodal échappant totalement au roi. C'est pourquoi, il fut préféré au projet de Leschassier, un système d'assurance par lequel le roi assurait une grâce à tous les officiers du royaume, en vertu de laquelle il les dispensait de la clause des quarante jours pour l'année en cours, sous réserve de payer une taxe annuelle égale au soixantième de la valeur de l'office fixée en Conseil. La taxe de résignation (quart denier) était réduite de moitié. En cas de décès de l'officier, avant d'avoir résigné, sa

²⁸³ Ordonnance du 12 novembre 1567, Déclaration du 22 janvier 1568, Edit de juin 1568, cités dans F.A. Isambert, *Recueil général des anciennes, lois...*, vol. XIV, *op. cit.*, 1829, pp. 225-227.

veuve et ses héritiers étaient autorisés à le vendre moyennant le paiement du seul huitième denier.

Les parties casuelles, c'est-à-dire ce qui concernait le droit annuel, le huitième denier et les offices vacants, furent affermées pour six ans à Charles Paulet, Secrétaire de la Chambre du roi, pour 900 000 livres par an, puis 1 006 000 à partir de 1605. Mais, suite à l'échec de la ferme des parties casuelles, un arrêt du Conseil du 28 septembre 1613 confia cette compétence au trésorier des parties casuelles. Les conséquences immédiates de l'institution de la « *Paulette* » ne sauraient être ignorées. Cette mesure consacrait l'incapacité du roi à assurer le retour des offices vacants aux parties casuelles, supprimait dans l'immense majorité des cas les risques de vacances pour mort ou résignation, et rendait difficile la déclaration de vacance de l'office pour forfaiture, dès lors que l'officier destitué avait payé pour avoir le droit de désigner son successeur.

92. L'historique du système de la « *Paulette* » jusqu'à la fin de l'Ancien Régime mérite d'être présenté, dans la mesure où il révèle pleinement cette incapacité de la couronne à assurer la gestion des offices. Le 20 septembre 1611, le Conseil de la régence décida le maintien de la dispense du respect de la clause des quarante jours, pour une durée de six ans à compter du 1^{er} janvier 1612. Suite à l'insistance des Etats généraux favorables à la suppression de la vénalité des offices, le Conseil révoqua la grâce le 25 janvier 1618. Par un arrêt du 31 juillet 1620, le Conseil rétablit néanmoins la dispense pour une durée de neuf ans, en imposant un prêt supplémentaire du trentième denier aux officiers n'appartenant pas aux cours souveraines.

Le Cardinal de Richelieu s'opposa dès le milieu des années 1620 à la reconduction du droit annuel. Ainsi, dans un mémoire au roi de 1625, il écrivait : « *Votre Majesté...ne continuera plus le droit annuel, bannira la vénalité des offices, deux sources de maux, préjudiciable à son autorité et à la pureté de l'administration de la justice* ». Après la chute de la Rochelle en 1628, il ajoutait dans un nouveau mémoire au roi : « *Il fallait...ne rétablir plus la Paulette quand elle serait expirée dans un an ; abaisser et modérer les compagnies qui, par une prétendue souveraineté, s'opposaient tous les jours au bien du royaume* »²⁸⁴. Mais en raison des guerres d'Italie, le roi fut contraint de négocier avec les officiers, ce qui conduisit à la reconduction de la dispense le 21 décembre 1630, sous réserve du paiement d'un cinquième denier pour bénéficier de l'annuel. En revanche, le Parlement de Paris et les autres cours souveraines obtinrent après négociations, le 22 août 1631 pour le premier et le 25 novembre 1631 pour les autres, d'être uniquement soumis aux

²⁸⁴ R. Mousnier, *La vénalité des offices...*, op. cit., pp. 291-292.

conditions de l'édit de Paulet. Entrant dans la guerre de trente ans, le roi fut de nouveau contraint par une déclaration d'octobre 1638, de maintenir la dispense. Au terme de nouvelles négociations, le Parlement de Paris et les autres cours souveraines bénéficièrent des conditions de l'édit de Paulet. Par la déclaration du 29 avril 1648, le roi reconduisit la dispense, moyennant la suppression pour les officiers de quatre années de gages. Bien que le Parlement de Paris ait été exempté, il fut à la tête de l'arrêt d'union du 13 mai 1648 créant l'assemblée de la Chambre Saint-Louis. En révoquant la grâce cinq jours plus tard, le roi déclenchait la Fronde parlementaire. Louis XIV devait rétablir le droit annuel et le reconduire régulièrement à compter de sa déclaration du 15 janvier 1657.

93. De manière assez paradoxale, eu égard à ses relations conflictuelles avec les cours souveraines, Louis XIV devait adopter une mesure renforçant incontestablement la patrimonialité des offices. Un édit enregistré le 14 décembre 1709 par le Parlement de Paris, supprima le système de Paulet au profit d'un système de survivance à compter du 31 décembre 1710, moyennant le rachat de l'annuel au seize denier de la valeur de l'office. Ainsi, les officiers, leurs veuves et leurs héritiers ou ayants cause pourraient en disposer « *comme de chose à eux appartenante...et pour assurer...la propriété d'iceux* ». De même, la fixation du prix des offices par le Conseil fut supprimée, au profit de sa libre détermination par leurs propriétaires. La régence devait maintenir la survivance générale jusqu'à la déclaration du 9 août 1722, puis la maintenir pour les seuls officiers des cours souveraines.

Par la suite, le droit annuel fut renouvelé régulièrement de neuf ans en neuf ans. Il devait même acquérir une stabilité en ne dépendant plus de la seule volonté du roi et de motifs pécuniaires. En effet, les déclarations de reconduction de cette grâce, furent enregistrées dès 1740 par la Cour des aides de Paris. Cet enregistrement ne faisait néanmoins pas obstacle à la nécessaire intervention annuelle d'un arrêt du Conseil, destiné à ouvrir le droit annuel. Dans la pratique, la couronne montra une grande souplesse et une relative bienveillance à l'égard des titulaires d'offices. Les lettres de provisions permettaient parfois au résignataire d'exercer concurremment son office avec le résignant, voire que ce dernier continue à exercer les fonctions de l'office après la démission volontaire ou la mort du premier. Le Conseil du roi exigeait seulement en ce cas, que le résignant continue à payer le prêt et l'annuel jusqu'à ce qu'il cesse d'assurer la charge de l'office²⁸⁵. De la même façon, le Conseil put accorder à une famille, un délai allant jusqu'à trente ans à compter du décès de l'officier, pour lui permettre de trouver une personne en âge pour en assurer les fonctions. Au-delà, l'office était déclaré vacant au profit du roi²⁸⁶. Au moment de la

²⁸⁵ Exemple de l'arrêt du 25 septembre 1755, in Arch. nat., A.D., IX, 452.

²⁸⁶ Exemple de l'arrêt du 12 septembre 1748.

réforme du Chancelier Maupeou, une nouvelle souplesse fut reconnue aux officiers. L'édit de Versailles de février 1771, enregistré par la Chambre des comptes de Paris le 21 juin de la même année, prévoit une nouvelle évaluation des offices du royaume par déclaration des « *propriétaires d'offices* », libres d'en fixer eux-mêmes la valeur.

94. A compter du 1^{er} novembre 1772, le droit annuel (soixantième denier) fut remplacé par le centième denier de la nouvelle évaluation. Par comparaison avec la « *Paulette* », le nouveau système fut appelé la « *sæurette* ». « *Pour suppléer à la contribution des dépenses de guerre* », le roi offrit par lettres patentes du 27 février 1780, enregistrées par le Parlement de Paris, la possibilité de racheter le nouveau droit annuel pour une durée de huit ans, moyennant le paiement dans un certain délai, des six premières années. Ainsi, à la veille de la Révolution, la patrimonialité des offices avait fait perdre au roi l'essentiel de son pouvoir de nomination des officiers. Plus encore, elle avait entraîné la naissance d'une véritable inamovibilité « patrimoniale ».

2°) La réduction des cas de vacance de l'office, fondement d'une inamovibilité patrimoniale

95. Les conséquences de la vénalité et de l'hérédité des offices sur l'inamovibilité, vont se concrétiser principalement par une réduction des hypothèses de vacance prévues par l'ordonnance de 1467.

Une comparaison entre les officiers de judicature et les officiers ecclésiastiques, peut ici être réalisée. A la différence des premiers, les seconds n'ont jamais bénéficié, à l'égard des offices communs, de l'inamovibilité. Il n'était nullement prévu une garantie équivalente ou comparable à celle édictée par l'ordonnance du 21 octobre 1467. Un officier ecclésiastique demeurait révocable *ad nutum*. En revanche, il disposait d'une protection comparable à l'inamovibilité, à l'égard du bénéfice ecclésiastique afférent. Selon le droit canon, le *beneficium* ne pouvait être retiré à l'officier qu'en cas d'action disciplinaire et dans le respect de conditions préalables très strictes. Le bénéfice était lié à l'office en ce qu'il constituait l'application concrète des paroles de Saint Paul : « *Celui qui sert l'autel devra vivre de l'autel* »²⁸⁷. Il apparaissait comme une source de subsistance jointe à l'office ecclésiastique. En conséquence, il s'agissait du droit conféré à un clerc de jouir à vie des revenus d'un domaine temporel, attaché à la fonction spirituelle dont il était investi : cure, canonicat, évêché²⁸⁸. Mais l'office et le bénéfice

²⁸⁷ Nouveau Testament, Première Epître aux Corinthiens, IX-13.

²⁸⁸ Au Moyen Âge, les canonistes présentaient le bénéfice comme le « *Jus perpetuum percipiendi fructus ex bonis ecclesiasticis ratione spiritualis officii personae ecclesiasticae auctoritate*

ecclésiastiques constituaient bien deux éléments distincts, plaçant leur titulaire dans une situation juridique différente à leur égard : révocable *ad nutum*, dans le premier cas ; et en quelque sorte inamovible, dans le second. L'office et le bénéfice devaient également être distingués du droit de présentation du cleric résignant. Alors que les deux premiers étaient concédés de manière unilatérale par la hiérarchie ecclésiastique, sans contrepartie financière, le troisième s'insérait dans une relation contractuelle entre le résignataire et le résignant, et donnait lieu au paiement d'un prix.

La situation a été en revanche tout autre, concernant les offices laïques. Si à l'instar de l'office ecclésiastique, l'office de judicature était initialement concédé par voie unilatérale, sans contrepartie pécuniaire, son titulaire se voyait également reconnaître la garantie de l'inamovibilité prévue par l'ordonnance du 21 octobre 1467. En revanche, il n'était nullement question de lui accorder l'équivalent d'un *beneficium*, de nature à lui permettre de subvenir à ses besoins. A défaut la couronne le rémunérait par des gages prélevés sur le trésor royal. Lorsque la vénalité privée officieuse s'est développée, un droit de présentation de l'office, comparable à celui qui existait pour les bénéfices ecclésiastiques, est apparu. Mais la vénalité des offices laïques, et surtout la vénalité officielle, ont permis l'émergence de quelque chose que le droit des bénéfices ne connaissait pas, à savoir le prix de l'office. Ainsi que cela avait été souligné précédemment, la vénalité officielle publique prenait la forme d'une session d'office, en garantie d'un emprunt forcé. Le montant de cet emprunt correspondait à la valeur de cet office, et constituait le prix de l'office. Partant du principe qu'une personne à laquelle le roi avait vendu un office, devait pouvoir rentrer dans ses finances, il fut admis qu'elle puisse revendre cet office à son prix, donnant ainsi naissance à la vénalité officielle privée. Le prix se substituait alors au droit de présentation. Il s'insérait dans une relation contractuelle entre le roi et l'officier, ou entre l'officier résignant et l'officier résignataire.

96. Dans cette situation le roi ne pouvait plus retirer un office que sous deux conditions cumulatives : d'une part, l'exigence que soit remplie une des trois conditions alternatives parmi celles proposées par l'ordonnance du 21 octobre 1467 ; d'autre part, l'obligation sinon juridique au moins morale de rembourser le prix de l'office, dans le cas où l'office ne serait pas devenu vacant en raison du décès non accompagné d'une résignation légale de l'officier. De manière indirecte, le prix conduisait à renforcer l'inamovibilité de l'officier, en raison de la complémentarité de la protection qu'elle faisait naître avec celle prévue par l'ordonnance de 1467.

Ecclesiae constitutum », c'est à dire le « droit permanent à recevoir les fruits de propriétés ecclésiastiques établies en considération de son office spirituel pour un ecclésiastique, sous l'autorité de l'Eglise », in *Bibliotheca canonica*, i, V, *Beneficium*, art. 1, n. 6.

La suppression de la règle des quarante jours à partir de la fin du XVII^e siècle devait, en ce sens, marquer une étape supplémentaire. En effet, cette mesure avait pour conséquence d'empêcher la vacance automatique des offices pour cause de mort ou de résignation. Avant le décès de l'officier, celui-ci était autorisé à résigner jusque dans les derniers instants précédant sa mort. Après la survenance de celle-ci, sa veuve, ses héritiers et ses ayant droits pouvaient immédiatement ou jusque dans la limite d'un certain délai, lui trouver un successeur. Dès lors, le roi ne pouvait plus retirer l'office que si deux conditions cumulatives étaient réunies : d'une part, la forfaiture de l'officier devait être judiciairement et légalement constatée ; d'autre part, le roi devait lui rembourser le prix de l'office. Il en résultait une inamovibilité non plus seulement viagère, mais héréditaire. En outre, dans la mesure où la couronne souffrait de difficultés financières chroniques, elle était rarement en mesure de respecter la seconde exigence. Aussi, l'inamovibilité durant la vie de l'officier, devenait presque absolue.

97. Au-delà, cette situation devait fortement influencer la manière dont l'inamovibilité a pu être conceptualisée, depuis l'Ancien Régime jusqu'à nos jours.

Cette influence s'est ainsi ressentie sur la mobilité des officiers de judicature. Concernant d'une part la mobilité géographique, la mobilité voulue par l'officier ne pouvait uniquement se concrétiser par le biais de la résignation vénale. Cela supposait que l'officier trouve acquéreur pour son office, et trouve un autre officier, au sein de la juridiction et du ressort souhaités, qui consente à lui céder son propre office. La mobilité imposée à l'officier, c'est à dire la mutation, était également difficilement concevable. Pour la mettre en œuvre, le roi était dans l'obligation de lui rembourser le prix de son office, puis de le contraindre ou de l'inciter à acquérir un autre office dans la juridiction et le ressort souhaité. De la même façon, la mobilité hiérarchique apparaissait malaisée, dans la mesure où elle était essentiellement fonction de la fortune de l'officier, et non de son mérite. Or, à la fin du XVII^e siècle, un simple office de conseiller de bailliage valait entre 3000 et 7000 livres, contre 14 000 pour une même fonction au conseil provincial d'Artois, et 100 000 livres pour une charge de conseiller au Parlement de Paris. De même, vers 1665, une charge de président à mortier coûtait 120 000 livres au Parlement d'Aix, 180 000 à celui de Rouen, et 350 000 livres à celui de Paris.

La vénalité et l'hérédité des offices a également eu une incidence sur la limite d'âge des officiers en exercice. Cette question est en relation étroite avec l'institution de la retraite. Cette institution ne concernait pas les officiers. L'officier âgé qui souhaitait se retirer, devait céder sa charge et vivre des revenus tirés du capital ainsi restitué. Cependant, avec l'hérédité des offices, s'il voulait léguer le sien de son vivant à son fils ou à l'un des membres de sa famille, il devait nécessairement le

résigner en sa faveur, et vivre des revenus de sa fortune personnelle. Or, dans la plupart des cas, cette possibilité n'apparaissait pas envisageable, de sorte que l'officier préférait demeurer en fonctions jusqu'à sa mort. La mise en place ultérieure de pensions royales, première forme de retraite, devait concerner uniquement les charges non vénales, telles que celles des militaires, des commis et des employés des ministères à la fin de l'Ancien Régime. Aussi, à la règle juridique prévoyant que l'officier était susceptible de conserver son office jusqu'à sa mort, est venue s'ajouter une raison sociologique incitant d'une certaine manière celui-ci à demeurer en fonctions toute sa vie durant, sans résigner sa charge. Au-delà, la multiplication excessive des offices pour des raisons pécuniaires, devait entraîner des conséquences notables sur les méthodes de travail des officiers. Dans la mesure où il existait de moins en moins de charges exercées par une seule personne, mais au contraire par plusieurs titulaires possédant exactement le même rang et la même autorité, la collégialité s'est progressivement imposée dans les faits, pour devenir la règle dès la fin du XVI^e siècle.

§ 2 . L'appropriation de la souveraineté par les magistrats parlementaires

98. Dans ces conditions, il est possible de relever une certaine analogie entre l'évolution de la justice sous l'Ancien Régime, et la situation qui avait prévalu à l'époque médiévale. Les officiers de judicature se sont appropriés la fonction judiciaire au détriment du roi, comme l'avaient fait les comtes plusieurs siècles auparavant. Cependant, la monarchie féodale était structurée autour de l'idée de suzeraineté, de sorte que cette fonction se trouvait morcelée entre plusieurs milliers de justices locales, indépendantes les unes des autres. Au contraire, dans une monarchie d'essence judiciaire gouvernée par l'idée de souveraineté, une telle appropriation risquait d'entraîner l'émergence d'un contre-pouvoir à l'absolutisme royal. Le danger pour la couronne, se trouvait rendu plus aigu encore, en raison de l'exercice de nombreuses compétences extrajudiciaires par les parlements. C'est ainsi que la conjugaison d'une inamovibilité presque absolue, et de l'auto-recrutement des magistrats, a favorisé l'organisation d'un corps politique contestant la souveraineté royale **(A)**. Et au-delà, il faut rechercher dans l'impossibilité pour le roi de s'affranchir de l'inamovibilité pour sanctionner les abus des magistrats, l'une des principales causes qui ont précipité la fin de l'Ancien Régime **(B)**.

A. L'inamovibilité, enjeu dans la lutte pour la détention de la souveraineté

99. L'inamovibilité et la patrimonialité des offices ont renforcé la stabilité des compagnies judiciaires, et favorisé les échanges entre les juridictions. En conséquence, les cours souveraines ont opposé à la thèse de la souveraineté royale, en vertu de laquelle le monarque serait délié des lois (1^o), une thèse parlementaire conduisant à ériger la justice des magistrats inamovibles, en « *justice naturelle* » du royaume (2^o).

1^o) L'affirmation de la souveraineté royale

100. Avec le renouveau du Pouvoir royal à partir de la fin du XVI^e siècle, va être réaffirmée l'idée selon laquelle la justice est la première compétence du roi. Dans un contexte de guerre civile, cette idée d'une justice pacificatrice placée au dessus de tous, revêtait une intensité particulière. C'est cet esprit qui se retrouve sous la plume de Jean Bacquet, lorsqu'il écrivait dans son *Traité des droits de justice haute, moyenne et basse*, en 1577 : « *La justice estant le premier et principal fleuron de la Couronne des Rois, par le moyen de laquelle ils sont conservez aux grands Estats à eux commis par la volonté et la providence divine ; et par laquelle ils maintiennent en paix, union, concorde et repos, leurs peuples et sujets, les faisant paisiblement jouir des héritages et biens qui justement leur appartiennent, et les défendant contre la force, oppression et violence des méchants, qui est la fin et le vray but de l'establissement de tous Empires, Royaume et Principautez* »²⁸⁹. Ce sacerdoce royal était résumé comme au Moyen Âge, par l'utilisation de l'adage : « *Toute justice émane du roi* ». Les légistes partaient de cette affirmation pour en déduire que le roi était en conséquence, logiquement compétent pour révoquer les juges. C'est ainsi que La Roche Flavin estimait dans ses *Treize livres des Parlements de France*, que : « *Il est certain qu'en la présence du souverain, toute la puissance des Magistrats...cesse et n'ont aucun pouvoir de commander, ni aux sujets, ni les uns aux autres* ». Il donnait à ce pouvoir l'explication suivante : « *Et tout ainsi que tous les fleuves perdent leur nom et leur puissance à l'embouchure de la mer ; et les lumières célestes en la présence du Soleil et aussi tost qu'il s'approche de l'orison perdent leur clarté, en sorte qu'ils semblent rendre la lumière totale qu'ils ont empruntée* »²⁹⁰.

²⁸⁹ J. Bacquet, *Traité des droits de justice haute, moyenne et basse*, 1577, p. 1, dans œuvres, éd. Claude de Ferrière, Paris, 1688, in-folio. Cité in R. Mousnier, *Les institutions de la France...*, op. cit., p. 510.

²⁹⁰ B. de La Roche Flavin, *Treize livres des parlemens de France*, Simon Millanges, Bordeaux, Livre XIII, Chapitre IX, p. 687.

Cependant, l'existence d'un lien de cause à effet entre la conception d'un roi « *fontaine de justice* » et celle d'un roi disposant d'une compétence répressive, était contestée. C'est notamment le sens qu'il est possible de donner aux propos du Président de Bellièvre en 1639, à l'occasion du jugement du Duc de La Valette par une commission présidée par le roi. Celui-ci répondit alors à ce dernier : « *Que c'était une chose assez étrange de voir un Roi donner son suffrage au procès criminel d'un de ses sujets ; que jusqu'alors les Rois s'étaient réservés les grâces et renvoyaient la condamnation des coupables à leurs officiers. Votre Majesté, Sire, pourrait-elle soutenir la vue d'un grand gentilhomme sur la sellette qui ne sortirait de votre présence que pour aller mourir sur l'échafaud ? Cela est incompatible avec la majesté royale* ». Ainsi, il était possible de considérer que l'existence d'offices de judicature, c'est-à-dire de charges correspondant à des charges permanentes de justice, se justifiait par l'image d'un roi bon qui ne saurait condamner lui-même sous peine de pouvoir apparaître en cas d'erreur, comme un oppresseur et non plus comme le défenseur des opprimés. Ainsi, l'idée du roi « *source de justice* » était étroitement liée à l'adage « *le roi ne peut mal faire* », pour aboutir à l'image du « *roi justicier* ». Il ne pouvait en conséquence supprimer des offices, rendus nécessaires pour le maintien de cette image. D'ailleurs, il était également possible de relever que les rois, bien que « *fontaine de justice* », avaient simplement réduites à leur portion congrue, mais non supprimées, les justices seigneuriales et ecclésiastiques.

101. Cependant, cette conception restrictive des pouvoirs de justice du monarque associée à l'image du roi justicier, devait être rapidement réfutée avec l'avènement de la théorie de la monarchie absolue. Les légistes des cours et des conseils royaux avaient en effet redécouvert dans le droit romain, la tradition du prince, à la fois détenteur de l'*imperium* et de la *potestas, solutus legibus*. Cela devait servir de base à l'affirmation de la souveraineté du roi, dont Jean Bodin se fit l'un des plus ardents défenseurs. Dans ses *Six livres de la République*, il définit la souveraineté comme « *la puissance absolue et perpétuelle d'une république* »²⁹¹. Selon lui, cette puissance se caractérise par le pouvoir du prince d'agir « *sans le consentement de plus grands ni de pareil, ni de moindre que soy* », et de n'être « *aucunement subjects aux commandements d'autrui* ». D'un point de vue organique, il s'agit donc de la solitude de l'exercice du pouvoir, ce qui impliquait nécessairement l'indivisibilité de celui-ci. Du point de vue matériel, la souveraineté est le pouvoir de « *donner loy aux subjects et casser ou anéantir les lois inutiles pour en faire d'autres* ». De manière plus concrète, Jean Bodin précise que « *sous ceste mesme puissance de donner et casser la loy* », sont compris en particulier les

²⁹¹ J. Bodin, *De la souveraineté*, in *Les six livres de la République*, Gabriel Cartier, 1608, livre I, chap. VIII.

pouvoirs de connaître en dernier ressort des jugements de tous les magistrats, et d'instituer et destituer les plus grands officiers²⁹².

A partir de cette théorie de la monarchie absolue fondée sur la souveraineté, va être refondée la manière de penser la délégation du pouvoir de rendre la justice, faite par le roi à ses officiers. Le pouvoir tout entier découle de la personne royale. Cependant, dans la mesure où il ne peut rendre la justice à tous ses sujets, et parce qu'il est nécessaire que ses pouvoirs soient exercés suivant des formes légales qui constituent des garanties légales à la fois pour les habitants du royaume et pour le bien commun, le roi est amené à déléguer cette compétence à des corps de magistrats. Il s'agit là d'une simple délégation et non d'un abandon de pouvoirs, les rois de France ayant « *en eux-mêmes la plénitude de la magistrature* ». Le roi ne communique jamais son autorité propre, et conserve toujours la possibilité de connaître par lui-même des affaires qui lui sont soumises directement, d'évoquer celles qui ont été portées de prime abord devant ses juges, et de diriger et contrôler l'action de tous les magistrats auxquels il a concédé un office de judicature. En conséquence, les juges sont simplement les dispensateurs de la justice du roi et leur compétence est uniquement d'exécution. Comme l'estimait à cet égard Cardin Le Bret : « *L'on ne doit pas inférer qu'ils (les Roys) se soient dépouillés pour cela de leur autorité souveraine non plus qu'on ne peut pas dire, sans grande absurdité, que Dieu se soit privé de sa puissance, sous prétexte qu'il emploie les causes secondes, pour le gouvernement et la conduite de cet univers* »²⁹³.

102. C'est la raison pour laquelle les arrêts et les jugements des cours royales étaient expédiés sous formes de lettres émanant du roi : « *En vertu de l'ordre public du Royaume, ses cours jugent en son nom et il juge par ses cours* ». Cette nouvelle approche va impliquer plusieurs conséquences. En premier lieu, les officiers de judicature ne sauraient s'opposer aux commandements du roi, quand bien même ils les considéreraient injustes. En effet, dans la mesure où ils tiennent toute leur puissance du roi, ils sont des sujets comme tous ceux que compte le royaume. Dès lors, ce serait les rendre supérieurs que d'admettre qu'ils puissent résister aux ordonnances du monarque, au risque de remettre en cause l'ordre de la monarchie. En second lieu, les lois sont vérifiées par le chancelier qui peut s'opposer à leur expédition, puis enregistrées par les cours après vérification et au besoin remontrances. Ces actes constituent pour le chancelier et les cours un devoir de conseil et de fidélité, mais aussi un acte gratuit de bienveillance de la part du roi. Le roi conserve toujours en définitive, l'autorité absolue de la décision, parce que le roi

²⁹² *Ibid.*, livre I, chap. X.

²⁹³ Cardin Le Bret, *Traité de la souveraineté du roy*, 1632, livre IV, chap. III.

et le royaume étant un, leur avantage est commun et indivisible. Le roi est le père de ses sujets, et possède en conséquence l'autorité absolue de ce père : « *C'est de moi seul que mes cours tiennent leur existence et leur autorité...la plénitude de cette autorité qu'elles n'exercent qu'en mon nom demeure toujours en moi...C'est par ma seule autorité que les officiers de mes cours procèdent non à la formation, mais à l'enregistrement, à la publication, et à l'exécution de la loi et qu'il leur est permis de me remonter ce qui est du devoir de bons et utiles conseillers* »²⁹⁴.

Avec l'affirmation de la pleine souveraineté du roi, il convenait de considérer que l'existence des offices de judicature se justifiait parce que le roi ne pouvait pas dispenser physiquement sa justice dans l'ensemble du royaume. En revanche, il était réputé détenir ce pouvoir d'un point de vue spirituel. L'office constituant simplement le support de l'exercice de la justice, il pouvait dès lors être supprimé de la même manière qu'il avait été créé. Au-delà, le roi pouvait toujours théoriquement rembourser l'office, et l'inamovibilité valait alors, uniquement pour l'office existant.

2°) L'affirmation de la souveraineté parlementaire

103. Par opposition, alors que le Pouvoir royal connaissait un renouveau avec le développement de la monarchie absolue, les parlements affirmaient eux-mêmes qu'ils étaient les véritables dépositaires de la souveraineté.

104. Les parlements affirmaient de prime abord leur pleine souveraineté dans le domaine de la justice. A ce titre, ils réfutaient le recours à des commissaires, négation des officiers inamovibles, dans ce domaine. Ainsi, lors de remontrances formulées en 1615, le Parlement de Paris réclamait : « *qu'aucunes commissions ne soient expédiées, soit pour juger souverainement et en dernier ressort, soit pour faire le procès à aucuns accusés, qu'elles ne soient vérifiées en notre parlement* »²⁹⁵. De la même manière, les premiers présidents et procureurs généraux des parlements du royaume, se plaignirent à l'occasion de l'assemblée des notables réunie en 1626-1627, des : « *Intendants de la justice...dont surviennent divers inconvénients, entre autres de soustraire de la juridiction, censure et vigilance de vos dits parlements, les officiers des sénéchaussées, bailliages et autres leurs juges subalternes* ». Ils demandèrent alors la suppression de cette institution. C'est ce qu'ils devaient faire de leur propre ressort, le jour de la première séance de l'assemblée de la chambre Saint-Louis, le 30 juin 1648, en décidant que : « *les intendants de justice et toutes autres*

²⁹⁴ Louis XV, discours de la Flagellation, 1766, in J. Flammermont, *Remontrances du parlement de Paris au XVIIIe siècle*, Imprimerie nationale, coll. des Documents inédits sur l'histoire de France, Paris, 1888-1898, pp. 557-558.

²⁹⁵ F.-A. Isambert, *Recueil général des anciennes lois...*, vol. XVI, *op. cit.*, 1829, p. 69.

commissions extraordinaires non vérifiées es cours souveraines, seront révoquées dès à présent »²⁹⁶. Par ailleurs, les cours souveraines se refusaient à reconnaître la compétence souveraine du Conseil du roi. Dans sa déclaration du 7 juillet 1648, l'assemblée de la chambre Saint-Louis demandait : le renvoi de toutes les affaires contentieuses aux cours souveraines ; la suppression des évocations ; la défense des particuliers de se pourvoir devant le Conseil du roi ; l'interdiction de ce dernier de casser les arrêts des cours souveraines ; et l'interdiction aux maîtres des requêtes, parmi lesquels étaient choisis les intendants, de juger en dernier ressort. Par un édit du 18 juillet 1648, le roi devait être une première fois contraint à la soumission, en révoquant toutes les commissions extraordinaires, en particulier celles des intendants, sauf dans les provinces frontières. Par un édit du 31 juillet suivant, le monarque était contraint de consacrer la presque totalité des propositions de cette assemblée.

105. Les parlements allèrent cependant plus loin en se considérant à la fois comme le véritable conseil du roi, et comme le substitut suffisant des Etats généraux. Lors de ses remontrances du 22 mai 1615, le Parlement de Paris fit valoir les prétentions des cours souveraines et de leurs officiers portant le titre de « conseillers du roi », à constituer le vrai Conseil du roi. Selon la tradition, la sacro-sainte coutume et les lois fondamentales du royaume, le roi devait nécessairement gouverner en grand conseil. Avec celui-ci, se trouvait reconstituée la *Curia regis* de l'époque médiévale. Cependant, le Parlement réfutait cette fonction au conseil né de la scission de la *Curia* au XIII^e siècle, et composé des pairs, des princes, des grands officiers de la couronne, et des conseillers d'Etat. Pour lui, cet office lui avait été dévolu depuis que Philippe le Bel avait pris la décision de rendre le Parlement sédentaire, en le fixant à Paris. Dans ce cadre, il estimait avoir pour mission, avec les autres cours souveraines, de garder la Constitution de l'Etat, de vérifier les ordonnances et édits, les créations d'offices, les traités et les affaires les plus importantes du royaume. Le Parlement de Paris devait réaffirmer et amplifier avec vigueur cette doctrine, près d'un siècle et demi plus tard, à l'occasion de ses remontrances du 27 novembre 1755. S'inspirant des idées défendues par Le Paige, il considérait former depuis « *mille trois cents ans* », un même tribunal exerçant des fonctions inchangées au sein de la monarchie. Il serait la vrai cour de France, née avec « *l'Empire des Français* », et appelée indistinctement jusqu'en 1302, « *placite général* », « *cour du roi* », « *conseil du roi* », ou encore « *Parlement* ». Ce dernier était présenté comme ce conseil dont les membres avaient été les conseillers essentiels du roi, sur lequel celui-ci s'était reposé pour les questions d'administration du royaume. Le roi pouvait y rendre justice, mais ses membres pouvaient aussi l'administrer seuls, en son absence. En remontant le cours du temps pour évoquer des

²⁹⁶ F.-A Isambert, *Recueil général des anciennes lois...*, vol. XVII, *op. cit.*, 1829, pp. 72-73.

périodes mal connues, le Parlement était en mesure de réinventer l'histoire, et ainsi de parer aux critiques dont il avait fait l'objet en 1615, concernant les conséquences de sa sédentarisation. Si depuis cette époque, les rois avaient effectivement attaché à leur suite quelques conseillers, non seulement ces derniers étaient pris dans le Parlement, mais en outre celui-ci demeurait dans son entier compétent pour exercer les fonctions de Conseil du roi. Aussi, la Constitution de la monarchie était sensée comprendre à la fois un « *souverain, mobile universel, âme de ses Etats, qui seul agit partout* », et un tribunal « *ou plutôt un sanctuaire auguste, où le souverain réside habituellement, où se concentre l'Etat, où la loi se prépare, se détermine, se consomme, se dépose et s'exécute, et ne peut être faite nul part ailleurs* »²⁹⁷.

106. A partir de 1648 et la réunion de l'assemblée de la chambre Saint-Louis, le Parlement a franchi une étape supplémentaire dans la contestation de la souveraineté du roi, en considérant remplacer légitimement les Etats généraux. Encore une fois, il fondait cette affirmation sur un mythe historique. Pour ses membres, il constituait le Parlement de France, représentant l'assemblée générale des Français ou Francs, qui a donné la royauté à Pharamond, père de Clovis, en raison de ses qualités militaires. Le Parlement estimait que sous la « *première race* », c'est-à-dire celle des mérovingiens, le peuple Franc se réunissait tous les ans autour du roi, afin de faire les lois, les traités de paix, la guerre, les alliances et traiter toutes les affaires importantes du royaume. Cependant, il ajoutait qu'il était devenu « *impossible d'assembler comme auparavant toute la monarchie* », sous la « *seconde race* », à savoir celle des carolingiens, en raison des conquêtes faites pendant cette période. C'est pourquoi, les rois se limitèrent à convoquer annuellement jusqu'au règne de Philippe le Bel, sous la « *troisième race* », les principaux membres du royaume pour remplir ces fonctions. Le Parlement de Paris estimait que c'est à cette époque que cette assemblée commença à être appelée « *Parlement* » et devint sédentaire. Dans la mesure où elle n'avait pas à régler des affaires publiques tous les jours, elle put connaître progressivement par voie d'appel, des causes importantes concernant les particuliers. Toutefois, elle était toujours réputée représenter l'assemblée générale des Francs, et se présentait comme un abrégé des trois Etats : « *noblesse, clergé, commun* ». Le Parlement de Paris en déduisait que son consentement, notamment à l'occasion de l'enregistrement des actes royaux, reflétait le consentement général du peuple, et constituait une loi fondamentale du royaume.

107. Dernière étape, mais non des moindres, le Parlement s'érigait pour les trois raisons précitées, en véritable souverain au dessus du roi. Selon lui, il était nécessaire d'opérer une distinction entre la personne du roi et la royauté. Le monarque incarnait effectivement cette dernière, de sorte que sa personne était

²⁹⁷ R. Mousnier, *Les institutions de la France...*, op. cit., p. 1185.

réputée en constituer le corps. Cependant, la royauté avait aussi une âme, correspondant à la loi, la justice, l'ancienne coutume, les Ordres publics, l'ordre du gouvernement et la loi salique. Le Conseil du roi rejeté par le Parlement, était bien composé par la personne d'un roi, mais il ne s'agissait là que de son corps, voire seulement son ombre. L'âme de la royauté était censée se trouver dans le Parlement, le roi n'étant pas souverain en dehors de celui-ci. Mais la présence du corps de la royauté n'était pas nécessaire pour former, avec son âme, la souveraineté. En cas de décès d'un roi et d'absence de successeur, la convocation des Etats généraux n'apparaissait pas nécessaire : le Parlement était à même de « *souverainement décider de tout* ». Il pouvait également proposer au roi, des conseillers d'Etat et des ministres, les destituer, et recevoir leur serment au roi. De manière plus générale, il était : « *le dépositaire et comme le tuteur perpétuel de l'autorité souveraine* ». « *Un arrêt porté par le Parlement de Paris avec la participation des Princes du sang et des Ducs et Pairs de la Couronne, et porté dans une affaire d'Etat est au-dessus de toute autorité souveraine ou bien plustot...c'est l'autorité souveraine mesme* »²⁹⁸. D'ailleurs, il convient de rappeler qu'en cassant plusieurs fois le testament de rois décédés, et en consentant à plusieurs reprises l'impôt à la place des Etats généraux, le tout à la demande d'un régent ou du roi, cette idée d'un Parlement souverain avait pu prospérer dans les esprits.

En conséquence, en s'affirmant comme le véritable souverain dans le royaume, les cours souveraines ruinaient la doctrine royale de la monarchie absolue. Cette situation venait renforcer la garantie de l'inamovibilité à un double titre : d'une part, parce que le roi était moralement contraint de la respecter, à défaut de pouvoir légitimement supprimer les offices de judicature ; et d'autre part, parce que le roi était juridiquement obligé de s'y référer, suite à son élévation par le Parlement, au rang de loi fondamentale du royaume.

B . L'inamovibilité, un aiguillon dans la lutte pour la détention de la souveraineté

108. Dans ce contexte, l'inamovibilité des magistrats a encore contribué à renforcer l'indépendance des parlements, et l'idée d'un « *gouvernement des juges* ». Effectivement, la couronne a progressivement été contrainte d'adhérer à la reconnaissance de l'inamovibilité, comme « *Loi fondamentale du royaume* » (1°). Cependant, à défaut de juge pour sanctionner les abus politiques des magistrats, ces derniers sont devenus dans les faits, irrévocables (2°).

²⁹⁸ R. Mousnier, *Mazarin et le problème constitutionnel en France et pendant la Fronde*, Accademia Nazionale dei Lincei, Rome, 1977, pp. 13-14.

1°) L'inamovibilité érigée au rang de Loi fondamentale du royaume par les parlements

109. Avec la Fronde parlementaire et l'exacerbation du conflit entre le roi et les parlements, les cours souveraines furent amenées à défendre avec une vigueur nouvelle le respect du principe d'inamovibilité par la royauté. L'assemblée de la chambre Saint-Louis devait ainsi chercher à inverser la logique de l'ordonnance du 21 octobre 1467, en rédigeant sa propre déclaration. En effet, l'inamovibilité des officiers de judicature ne devait plus être pensée comme une grâce octroyée par le roi, mais comme une garantie dont le respect lui serait imposé au moyen d'une déclaration signée par lui. C'est ainsi que devait ressortir des premières délibérations de la chambre, un arrêt du 30 juin 1648 prévoyant l'insertion dans une déclaration, d'un article 6 disposant « *...qu'aucun officier ne pourra être troublé en la fonction et exercice de sa charge par lettres de cachet portant défenses d'entrer en leurs compagnies, relégation en leurs maisons ou ès villes et châteaux du royaume, arrêt de détention de leurs personnes ou autrement, mais seulement en informant contre les officiers, et faisant leur procès suivant les ordonnances* ». Dans ce même arrêt, les conseillers avaient pris soin de prévenir les risques de détournement de cette règle, par une modification du nombre d'offices ou une réorganisation des juridictions. Un article 9 prévoyait en ce sens : « *qu'il ne pourra à l'avenir être fait aucune création d'office, tant de judicature que de finances, que par édits vérifiés ès cours souveraines, avec la liberté entière de suffrages pour quelque cause, occasion, et sous quelque prétexte que ce soit, et que l'établissement ancien des dites compagnies souveraines ne pourra être changé, ni altéré, soit par augmentation d'officiers et de chambres, établissement de semestre ou par démembrement du ressort des dites compagnies, pour en créer et établir de nouvelles* »²⁹⁹.

Cependant, la version retenue de l'article 6 de la déclaration, fut rejetée à la signature, par la régente Anne d'Autriche. C'est pourquoi, la nouvelle disposition adoptée et intégrée à la déclaration du 22 octobre 1648, signée par la régente et enregistrée par le Parlement de Paris le 28 octobre suivant, fut ainsi formulée : « *...et que l'ordonnance du roi Louis onzième, du mois d'octobre mille quatre cent soixante-sept, soit gardée et observée selon sa forme et teneur, et icelle interprétant et exécutant, qu'aucun de nos officiers des cours souveraines et autres ne puissent être troublé ni inquiété en l'exercice et fonction de sa charge, par lettre de cachet ou autrement, en quelque sorte ou manière que ce soit ; le tout conformément aux dites*

²⁹⁹ Délibération arrêtée en l'Assemblée des cours souveraines, tenue et commencée en la chambre Saint-Louis, le 30 juin 1648, in F.-A. Isambert, *Recueil général des anciennes lois...*, vol. XVII, *op. cit.*, p. 72.

ordonnances et à leurs privilèges »³⁰⁰. L'échec de la Fronde parlementaire devait relativiser la portée de ce texte, même si l'action de l'assemblée de la Chambre de la Saint-Louis avait permis aux cours souveraines de montrer au roi l'importance qu'elles attachaient au maintien de l'inamovibilité.

110. Un pas supplémentaire devait être franchi un siècle plus tard, le 8 décembre 1765, à l'occasion de remontrances faites au roi par le Parlement de Paris. Celui-ci récusait le recours à des commissaires dans le domaine de la justice, au profit de magistrats inamovibles, au nom de la sûreté des justiciables : *« L'autorité communiquée par les rois à des commissaires, n'étant point irrévocable, ne peut, dans les principes du droit public du royaume, suffire pour la formation du Parlement. Deux circonstances sont également nécessaires pour le composer, la communication du pouvoir et l'irrévocabilité. La réunion de ces circonstances est un des caractères essentiels d'une monarchie bien réglée, dans laquelle toute autorité émane du souverain comme de sa source et garantit en même temps la sûreté du citoyen, parce que les magistrats qui l'exercent, sûrs de leur état par sa perpétuité, ne sont pas, suivant les circonstances, exposés à plier leur devoir et leur intégrité au désir de se maintenir »*. L'influence de ces remontrances n'a pas été négligeable, dans la mesure où a conduit à la révocation par le roi, par lettres patentes du 24 janvier 1766, des pouvoirs qu'il avait donnés aux membres de son Conseil afin de tenir la cour du parlement de Bretagne.

Lors du lit de justice tenu par Louis XV, le 13 avril 1771 à Versailles, pour faire enregistrer les édits supprimant la cour des aides et le Grand Conseil, et réorganisant le Parlement, l'Avocat général Séguier devait formuler une vive mise en garde à l'encontre du monarque, en associant la stabilité de la monarchie à celle des magistrats. Il s'exprima effectivement en ces termes : *« En vain, nos regards timides parcourent cette nombreuse assemblée, en vain nous cherchons au pied du trône les magistrats qui composent avec nous le premier Parlement de votre royaume, nous ne les voyons plus. Votre bras s'est appesanti, un moment de courroux a décidé de leur sort. Ils ont été dispersés par ordre de Votre Majesté, et nous nous trouvons seuls aujourd'hui au milieu des princes et des pairs, étonnés comme nous de voir des étrangers remplacer les officiers de votre Parlement. Le zèle les a peut-être entraînés trop loin ; mais quelques coupables qu'on ait voulu les faire paraître à vos yeux, par une résistance qui plus d'une fois a mérité les éloges de vos augustes prédécesseurs, nous ne sommes pas moins fondés à réclamer en leur faveur les ordonnances du royaume. Nous invoquons avec justice l'ordonnance de Louis XI, de 1467 ; l'édit de Charles VIII, son fils, donné en 1483, sur les présentations des Etats ; l'ordonnance*

³⁰⁰ Déclaration portant règlement sur le fait de la justice, finances et soulagement des sujets de Sa Majesté, in F.-A. Isambert, *Recueil général des anciennes lois...*, vol. XVII, *op. cit.*, p. 93.

de Henri III, en 1575, l'édit de Louis XIII, de 1616 ; la déclaration de Louis XIV, de 1648 ; enfin la réponse de Votre Majesté elle-même, sur l'exil et la suppression du Parlement de Besançon. Nous ne balancerons pas à supplier Votre Majesté de vouloir bien faire attention que vos peuples sont pénétrés de la douleur la plus profonde, que la dispersion de votre Parlement annonce l'anéantissement des formes les plus anciennes, que toute nouveauté est dangereuse, que l'intervention des lois a été plus d'une fois, dans les grandes monarchies, la cause ou le prétexte des révolutions, et que, dans une monarchie, la stabilité seule des magistrats peut leur assurer cette liberté qui doit être l'âme des délibérations et garantir la sûreté des droits respectifs du souverain et de son peuple»³⁰¹. L'Avocat général prenait notamment soin d'énumérer les déclarations, édits et ordonnances par lesquels avait été réaffirmé par le passé, le principe d'inamovibilité.

Dans le cadre de sa fameuse réforme, le Chancelier Maupeou devait d'ailleurs prendre en compte cette supplique, en maintenant l'inamovibilité des magistrats. La vénalité des charges pour les magistrats des cours souveraines, et le système des épices, étaient en revanche supprimés. En contrepartie un rachat des offices par la couronne, était prévu sur quinze ans.

111. Un contexte favorable à la consécration de l'inamovibilité devait résulter de la remise en cause de la réforme Maupeou par Louis XVI, dès son avènement au trône, et des difficultés croissantes de trésorerie qui impliquaient un appel continu au consentement des cours souveraines, afin d'éviter la réunion des Etats généraux. Les parlements se trouvaient effectivement en mesure d'atteindre l'objectif qui leur avait échappé, au moment de la Fronde parlementaire. A l'occasion de la fameuse Déclaration du 3 mai 1788, par lequel il appelait le roi à convoquer les Etats généraux, le Parlement de Paris devait ériger l'inamovibilité en véritable Loi fondamentale du royaume. Effectivement, la formation solennelle des chambres assemblées, après avoir proclamé que la France était une « *monarchie gouvernée par le Roi, suivant les lois* », énonçait celles qui devaient être considérées comme « *fondamentales* » :

(1) « *Le droit de la maison régnante au Trône, de mâle en mâle, par ordre de primogénitures, à l'exclusion des filles et de leurs descendants* » ; (2) « *Le droit de la Nation d'accorder librement les subsides par l'organe des Etats généraux régulièrement convoqués et composés* » ; (3) « *Les coutumes et les capitulations des provinces* » ; (4) « *L'inamovibilité des magistrats* » ; (5) « *Le droit des cours de vérifier dans chaque province les volontés du Roi et de n'en ordonner* »

³⁰¹ P. Dufey, *Histoire, actes et remontrances des Parlements de France, Chambres des comptes, Cours des aides, et autres cours souveraines depuis 1461 jusqu'à leur suppression*, éd. Fayard, Paris, t. II, pp. 285 et s., t. III, pp. 220-221.

l'enregistrement qu'autant qu'elles sont conformes aux lois constitutives de la province ainsi qu'aux lois fondamentales de l'Etat » ; (6) « Le droit de chaque citoyen de n'être jamais traduit en aucune matière devant d'autres juges que ses juges naturels, qui sont ceux que la loi lui désigne » ; (7) « Et le droit, sans lequel tous les autres sont inutiles, celui de n'être arrêté, par quelque ordre que ce soit, que pour être remis sans délai entre les mains des juges compétents ».

Sur sept des Lois fondamentales énoncées, quatre étaient en lien direct ou indirect avec l'inamovibilité des magistrats. La quatrième consacrait expressément cette garantie, dont la définition se trouvait formulée par l'ordonnance du 21 octobre 1467. La cinquième, en confiant aux cours le soin de vérifier, c'est à dire de contrôler les « *volontés du Roi* », au regard notamment des « lois fondamentales de l'Etat », autorisait celles-ci à écarter tout acte, depuis l'ordonnance jusqu'à la simple lettre de cachet, qui porterait une quelconque atteinte à l'inamovibilité des magistrats. La sixième Loi fondamentale, en affirmant le droit au « *juge naturel* », faisait obstacle à la mise en place de juridictions d'exceptions, et à la délégation de compétences juridictionnelles à des commissaires. Enfin, la septième Loi fondamentale, en imposant qu'une personne arrêtée soit remise « *entre les mains des juges compétents* » venait compléter les deux prescriptions précédentes.

2°) L'impuissance de la Couronne à s'imposer comme juge de la forfaiture des magistrats

112. Devant la rébellion des magistrats des parlements, et tenu au respect de la lettre de l'ordonnance de 1467, le roi se trouvait confronté à la question de savoir s'il lui était possible de recourir à la règle de la forfaiture, pour pouvoir révoquer les parlementaires contestataires. Le jugement du magistrat incriminé, se présentait donc comme un préalable à sa destitution, ce qui supposait, d'une part, la constatation d'une infraction susceptible d'être qualifiée de forfaiture, et, d'autre part, une sentence prononcée « *selon les termes de justice, par juges compétents* »³⁰². Or, une kyrielle d'incertitudes était de nature à faire obstacle à la mise en œuvre de ce texte par le monarque.

113. En premier lieu, il n'existait pas à l'époque, notamment dans la doctrine, de définition précise de ce qu'était la forfaiture. Ainsi pour Denisart, « *la forfaiture est la prévarication commise par un officier public dans l'exercice de ses*

³⁰² J.-N. Guyot, P.-A. Merlin, *Traité des droits, fonctions, franchises, exemptions, prérogatives et privilèges annexés en France à chaque dignité, à chaque office*, t. IV, Visse, Paris, 1788, livre II, chap. I, p. 6.

fonctions et pour laquelle il pouvait être privé juridiquement de son office »³⁰³. Pour Bourjon en revanche, « *La forfaiture est le délit commis par l'officier contre les devoirs essentiels de sa charge et qui emporte perte d'icelle* »³⁰⁴. Enfin, Loyseau définissait celle-ci comme « *la privation de l'office, ordonnée par sentence du juge pour quelque faute de l'officier* »³⁰⁵. Comme l'a relevé le Professeur Halpérin, ce flou définitionnel se trouvait justifié par le fait que la forfaiture des juges, « *avait pris figure de cas d'école dans la littérature juridique du XVIIIe siècle* ». La doctrine assimilait essentiellement la forfaiture aux actes de concussion ou de prévarication commis par un juge à l'égard d'une partie. D'ailleurs, Loyseau prenait soin de souligner que la concussion, constituait le crime le plus ordinaire des magistrats³⁰⁶. Or, dans la littérature, ni le refus persistant d'enregistrement des lettres patentes, ni la cessation du service par les parlementaires, n'étaient considérés comme des forfaitures caractérisées.

En second lieu, il était acquis qu'un office ne pouvait vaquer de plein droit, et qu'une sentence préalable était requise. Deux hypothèses étaient admises. Dans la première, dite privation expresse, la destitution pouvait être prononcée à l'occasion de la sentence elle-même. Le juge pouvait d'une part déclarer l'office vacant, en ce sens que l'officier se trouvait dépouillé de sa charge, cette dernière revenant au collateur. Il pouvait d'autre part prononcer contre l'officier une incapacité de tenir office, obligeant celui-ci à résigner son office sans perdre le prix de sa charge. Dans la seconde hypothèse, certaines peines devenues irrévocables, pouvaient entraîner *ipso facto* une perte de l'office. Etaient en cause les peines portant déclaration d'infamie. Tout crime, quelle que soit la condamnation prononcée, pouvait voir l'officier déclaré infâme. En revanche, seuls les délits punis d'une peine corporelle, de bannissement ou obligeant le magistrat à faire une amende honorable revêtant un caractère particulièrement ignominieux, entraînaient l'infamie. Or ici encore, il était difficile de déterminer le régime juridique dont relevaient le refus d'enregistrement et la cessation de service.

114. En dernier lieu, se posait la question de la juridiction compétente pour connaître de la forfaiture des magistrats. Selon La Roche Flavin, le pouvoir disciplinaire était assuré à l'origine, par des « *mercuriales* » instituées dans les

³⁰³ *Collection de décisions et de notions nouvelles relatives à la jurisprudence actuelle*. Cité in L. Ducom, *op. cit.*, pp. 13-14.

³⁰⁴ *Droit commun de la France*, livre II, XII, section III, n° 15. Cité in L. Ducom, *op. cit.*, p. 14.

³⁰⁵ C. Loyseau, *Cinq livres...*, *op. cit.*, livre I, chap. XIII, p. 146, n° 1.

³⁰⁶ C. Loyseau, *Cinq livres...*, *op. cit.*, livre I, chap. XIV, p. 161, n° 3.

parlements et sièges présidiaux³⁰⁷. Jousse a donné des précisions sur les modalités de fonctionnement de ces formations disciplinaires au niveau des parlements : « *Les ordonnances veulent que les présidents des cours de Parlement, avec deux conseillers de chaque chambre, s'informent avec soin de ceux de ladite cour, soit présidents, conseillers ou autres qui auront contrevenu aux ordonnances... ; qu'ils en fassent le rapport aux juges ainsi assemblés pour délibérer ensuite toutes chambres assemblées, et procéder, toutes autres affaires cessantes, à la suspension d'office pour un temps contre les coupables, soit en les privant d'une partie de leurs gages, soit en prononçant d'autres peines, suivant que le cas y écherra* ». Ainsi, le jugement des officiers de judicature, relevait des cours toutes chambres réunies³⁰⁸. Aussi, dès lors que la rébellion était le fait d'une compagnie entière de parlementaires, le recours à une telle formation apparaissait, de toute évidence, inappropriée.

Or, il n'existait aucune juridiction politique supérieure aux parlements, comme cela avait pu être le cas près d'un siècle et demi plus tôt en Angleterre, avec la Chambre étoilée. Notamment, il n'était pas possible d'invoquer la compétence d'un autre tribunal, dans la mesure où en tant que juridiction souveraine, un parlement pouvait légitimement récuser celle-ci. La compétence du Conseil du roi se trouvait également rejetée par les parlementaires, pour deux raisons. D'une part, comme le souligne le Professeur Halpérin, parce qu'il avait été « *mis au service du respect de la prérogative législative du souverain, le Conseil du roi ne pouvait plus tenir le rôle de Haute Cour. Dans la procédure de cassation, c'est l'arrêt qui est jugé et non les magistrats qui l'ont prononcé* »³⁰⁹. D'autre part, ainsi que cela avait été soutenu pendant la Fronde parlementaire, le Conseil du roi ne formait pas un corps de l'Etat, mais avait pour seule fonction de présenter des propositions au Parlement, seul vrai conseil du monarque. Les officiers de judicature du Parlement ne pouvaient en conséquence être soumis à la juridiction de cet organe³¹⁰.

115. Face à ces incertitudes, la couronne eut initialement recours à la voie détournée de la suppression des offices. Effectivement, la compétence du roi pour

³⁰⁷ Les mercuriales « *ont été par nos rois ordonnées et instituées ès-parlements et depuis ès sièges présidiaux...pour corriger et censurer les vices et mœurs de chacun* », in *Treize livres des parlements de France*, simon Millanges, Bordeaux, livre XI, chap. I, p. 642.

³⁰⁸ L. Ducom, *op. cit.*, p. 17.

³⁰⁹ J.L. Halpérin, *Forfaiture des juges et privation d'office à la fin de l'Ancien Régime*, in AFHJ, *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, Actes du colloque de Paris des 5 et 6 décembre 1997, La documentation française, Paris, 2000, p. 107.

³¹⁰ « *Le Conseil n'a aucun caractère public* », R. Mousnier, *Les institutions de la France...*, *op. cit.*, p. 1168.

mettre fin aux offices devenus inutiles, était admise. Cependant, ce pouvoir se trouvait assorti d'une sorte d'obligation assimilée à la grâce, de rembourser les titulaires des offices supprimés, et l'usage voulait que les suppressions n'entrent en vigueur qu'au moment où les offices viendraient à vaquer par décès de leur titulaire. Malgré cette nuance, Merlin considérait que cette technique, constituait « *une manière indirecte de faire cesser la loi de l'inamovibilité des offices* »³¹¹. La question d'une violation indirecte mais certaine de l'inamovibilité devait être posée à l'occasion du conflit opposant le parlement de Besançon à la couronne. Cette dernière ayant décidé de le résoudre par voie de suppression d'offices, le Parlement de Paris devait s'y immiscer en dénonçant des « *voies d'autorité qui enlèvent les magistrats à leurs fonctions en les privant de leur liberté* ». Plus précisément, la cour souveraine critiquait la suppression des offices au moyen de lettres de cachet, en rappelant le principe de la forfaiture « *préalablement jugée et déclarée judiciairement et selon termes de justice, par juges compétents* »³¹².

Dans sa réponse du 8 avril 1759, Louis XV devait écarter la contradiction : « *Le roi, bien instruit de la loi célèbre du roi Louis XI, qui devait être citée seule à cette occasion, entend que les titulaires des offices, tant que ces offices subsistent, ne puissent être privés autrement que par mort, résignation volontaire ou forfaiture bien et dûment jugée, ce qui ne déroge pas au pouvoir de Sa Majesté ; qu'on ne doit pas mettre en question de supprimer des offices, lorsque le bien des sujets et la réformation de quelques parties de l'ordre public peuvent le demander* »³¹³. La couronne étant par la suite entrée en conflit avec les parlements de Pau et de Rennes, de nouveaux offices furent supprimés, entraînant les remontrances du Parlement de Paris du 8 décembre 1765, et la réponse royale à l'occasion de la séance de la Flagellation du 3 mars 1766.

Mais cette voie apparue rapidement arbitraire aux yeux des populations locales, impliquant la mise en place d'une procédure légale. Ce fut là l'objet de l'édit portant règlement de discipline de décembre 1770³¹⁴, préparé par le chancelier Maupeou. Son préambule affirmait la nécessité de prévenir des actes irréguliers et de sanctionner ceux-ci avec sévérité. Selon le Professeur Halpérin, l'utilisation des notions de « *résistance* » et de « *désobéissance* », était de nature à suggérer la forfaiture des magistrats se rendant coupable de tels actes. Les trois articles de l'édit énonçaient ensuite, trois défenses faites aux parlementaires : ils ne pouvaient recourir

³¹¹ Guyot et Merlin, *Traité des droits...*, t. IV, *op. cit.*, livre II, chap. I, p. 7.

³¹² J. Flammermont, *Remontrances du parlement de Paris...*, *op. cit.*, pp. 180-181.

³¹³ *Ibid.*, pp. 185-186.

³¹⁴ J. Flammermont, *La réforme judiciaire du chancelier Maupeou...*, *op. cit.*, pp. 12-13.

aux termes d'unité et d'indivisibilité ; il leur était interdit de cesser le service ou de l'interrompre ; et il leur était prohibé d'empêcher ou d'entraver l'exécution des actes royaux, enregistrés de l'expresse commandement du roi. Le non respect des ces dispositions, était enfin sanctionné par la perte et la privation des charges de judicature. Ainsi, le pouvoir législatif du monarque venait pallier aux insuffisances du droit dans la définition de la forfaiture.

116. Comme devait l'argumenter par la suite le Chancelier Maupeou, dans un mémoire à Louis XVI, les actes irréguliers tels que les démissions concertées, constituaient « *une désertion séditeuse des devoirs les plus sacrés* ». Par une sorte de syllogisme judiciaire, le roi pouvait, dans sa fonction de justicier, appliquer l'édit de décembre 1770 et prononcer « *la peine encourue par la désobéissance la plus notoire et la mieux constatée* »³¹⁵. Conformément aux espoirs du chancelier, le Parlement de Paris devait refuser d'appliquer le règlement de discipline, à l'occasion de remontrances du 7 décembre 1770. Constatant que le texte présentait les magistrats comme « *des criminels envers l'Etat et la personne du roi* », les parlementaires s'estimèrent dans l'absolue incapacité de faire exécuter « *des lois dont eux-mêmes devraient éprouver la rigueur* »³¹⁶. Dans la nuit du 19 au 20 janvier 1771, les parlementaires se virent remettre des lettres de cachet leur enjoignant de répondre à la demande qui leur était faite par le roi, de reprendre le service. Ceux-ci ayant refusé, un arrêté du Conseil du 20 janvier, devait prononcer la confiscation des offices³¹⁷.

117. Cependant, la couronne ne devait pas aller au terme de l'application de l'édit de décembre 1770, en décidant dès le mois de février, le rachat des offices supprimés³¹⁸. Ainsi, l'idée suivant laquelle « *le roi seul pouvait être juge d'un pareil délit* », se trouvait à son tour rejetée³¹⁹. L'inamovibilité de droit reconnue aux magistrats, déjà renforcée par la patrimonialité des offices de judicature, se transformait faute de juge compétent, en une irrévocabilité de fait. Trois mois après la Déclaration du Parlement de Paris érigeant l'inamovibilité en Loi fondamentale du royaume, le roi convoquait les Etats généraux par lettre du 8 août 1788.

³¹⁵ J.L. Halpérin, *Forfaiture des juges...*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op. cit.*, p. 109.

³¹⁶ J. Flammermont, *Remontrances du parlement de Paris...*, t. III, *op. cit.*, p. 170.

³¹⁷ J.L. Halpérin, *Forfaiture des juges*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op. cit.*, p. 108-109.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 113.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 109.

CHAPITRE 2 . Une victime du rejet d'un pouvoir judiciaire depuis la Révolution française

118. Le 16 juillet 1789, deux jours seulement après la prise de la Bastille, le Parlement de Paris adoptait un arrêté par lequel son « *Premier président se retirerait à l'instant par devant le roi, à l'effet de le remercier des preuves qu'il venait de donner de son amour pour ses peuples et de sa confiance dans leurs représentants* ». Cet arrêté faisait suite à la décision prise par le monarque, de rappeler Necker et d'éloigner les troupes de la capitale. En revanche, l'Assemblée nationale qui s'était proclamée « *constituante* » le 9 juillet précédent, fut informée de cet arrêté par simple lettre. Confronté à l'indignation de l'Assemblée nationale, le Parlement adopta un nouvel arrêté par lequel son premier président se retirerait devant cette dernière. Mais cet exemple ne fut pas suivi par les autres parlements du royaume³²⁰. D'apparence mineure, cet épisode révélait le maintien de la doctrine parlementaire, en dépit de l'effondrement de l'Ancien Régime. Du statut d'opposants au monarque absolu, les parlements évoluaient ainsi vers celui de concurrents de l'Assemblée nationale, dans la quête de la souveraineté.

Du refus de cette concurrence, les révolutionnaires ont opéré des déductions rapidement passées à l'état de *credo*. Dans son rapport du 17 août 1789 sur *L'organisation du pouvoir judiciaire*, le Député Bergasse écrivait : « *On ne peut contester l'influence sans bornes du pouvoir judiciaire ; mais si son influence est sans bornes, si elle est supérieure à celle de tous les pouvoirs publics, il n'est donc aucun pouvoir public qu'il faille limiter avec plus d'exactitude que celui-là* »³²¹. L'inamovibilité fut alors désignée comme le paramètre de restriction d'un tel pouvoir. Signe de la permanence de cette pensée, le légitimiste Bonald devait la soutenir vingt-cinq ans plus tard, dans un style qui n'aurait sans doute pas déplu à ses prédécesseurs. Dans un rapport présenté le 15 novembre 1815 à la Chambre des députés, celui-ci interrogeait alors : « *Est-ce dans l'intérêt de l'Etat qu'il faut rechercher les raisons de l'inamovibilité judiciaire ? ... Est-elle dans l'intérêt du particulier ? ... La véritable raison de l'inamovibilité de la magistrature, cette raison profonde qu'il faut chercher dans les lois de la nature plutôt que dans la volonté des hommes, n'était-elle pas toute politique ?* »³²². En conséquence, Les régimes qui se

³²⁰ G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, pp. 366-367.

³²¹ G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 368.

³²² *Ibid.*, pp. 442-443.

sont succédés jusqu'à la V^{ème} République, ont cherché à restreindre l'inamovibilité dans le cadre d'une subordination de la fonction judiciaire (**Section 1**) et de la magistrature (**Section 2**). Ainsi, pendant cette seconde phase de l'histoire de l'inamovibilité, la crainte d'un « pouvoir judiciaire » a largement contribué à en restreindre l'objet.

SECTION 1 . Une garantie d'indépendance confrontée à la subordination de la fonction judiciaire

119. En jetant les bases de la nouvelle « *organisation du pouvoir judiciaire* » de la France, dans les deux premières années de la Révolution, l'Assemblée nationale constituante s'est largement inspirée des développements consacrés par Montesquieu sur le sujet. Dans son ouvrage intitulé *De l'esprit des lois*, et plus précisément dans son chapitre relatif à la « *Constitution d'Angleterre* », l'auteur s'est effectivement intéressé à la « *puissance de juger* ». Soucieux de prévenir toute forme de despotisme, le philosophe y a défini un cadre d'exercice de cette puissance, reposant sur deux principes directeurs. Le premier, relatif à l'organe de jugement, rejette le recours à une magistrature professionnelle et de corps. Selon lui : « *La puissance de juger ne doit pas être donnée à un Sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert* »³²³. Le second principe, concernant la compétence de la puissance de juger, proscrie toute œuvre jurisprudentielle. Selon lui : « *si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi..., les juges de la nation ne sont...que la bouche qui prononce les paroles de la loi* »³²⁴. En dissociant ces propos de leur contexte et en leur donnant une interprétation presque littérale, les travaux de l'Assemblée nationale constituante ont donné naissance à une « fonction judiciaire », improprement qualifiée de pouvoir. Il est résulté de cette éphémère organisation judiciaire, une tentative de marginalisation de l'inamovibilité par le truchement de l'élection des juges (§ 1) et de l'application du syllogisme judiciaire (§ 2).

³²³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, t. 1, GF Flammarion, Paris, 1979, livre XI, chap. VI, pp. 295-296.

³²⁴ *Ibid.*, pp. 296 et 301.

§ 1 . La tentative de suppression de l'inamovibilité par l'élection des juges

120. Dans ses développements sur la « *Constitution d'Angleterre* », Montesquieu avait lui-même préconisé de remplacer la garantie de stabilité en faveur du magistrat, par une protection du citoyen reposant sur une désignation démocratique des juges. Selon lui, la puissance de juger, « *si terrible parmi les hommes* », ne devrait être « *attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession* », mais « *exercée par des personnes tirées du corps du peuple* », de sorte que « *l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats* »³²⁵. S'inscrivant dans le même état d'esprit, l'Assemblée nationale constituante a entendu mettre en place une magistrature composée de juges élus, mais ne bénéficiant pas de l'inamovibilité (A). Cette dernière garantie, bientôt renforcée par le rétablissement d'une magistrature professionnelle, s'est malgré tout progressivement imposée (B).

A . La tentative révolutionnaire de mise en place d'une magistrature élue

121. La magistrature élue devait rapidement devenir une réalité sous la Révolution. Cependant, l'Assemblée nationale constituante échoua dans sa volonté de la substituer à l'inamovibilité (1°). Plus encore, le pouvoir politique ne parvint pas à ancrer durablement cette institution, laquelle disparût définitivement moins de dix ans après sa mise en place (2°).

1°) L'abandon contrarié de l'inamovibilité des magistrats

122. A l'occasion des débats de 1789 à l'Assemblée nationale constituante, la majorité des députés écarta le principe d'une magistrature nommée et permanente, en raison de son association au système de l'Ancien Régime. Le Député Lameth déclarait en ce sens : « *...et nous ne pouvons nous le dissimuler, tant que les Parlements conserveront leur ancienne existence, les amis de la liberté ne seront pas sans crainte et ses ennemis sans espérance. La Constitution ne sera pas solidement établie, tant qu'il existera auprès des assemblées nationales, des corps rivaux de sa puissance, accoutumés depuis longtemps à se regarder comme les représentants de la nation* »³²⁶. Cependant, l'Assemblée ne déniait pas aux compagnies judiciaires la

³²⁵ *Ibid.*, pp. 295-296.

³²⁶ Séance du 3 novembre 1789, in P.-J.-B. Buchez, P.C. Roux-Lavergne, *Histoire parlementaire de la Révolution ou journal des Assemblées nationales depuis 1789 jusqu'en 1815*, t. III, Paulin, Paris, 1834, p. 276.

légitimité qu'elles avaient acquise dans leur lutte contre la monarchie absolue, mais estimaient en revanche que leur statut était incompatible avec l'avènement d'un nouveau régime fondé sur la souveraineté nationale. Aussi, du point de vue statutaire, il convenait de substituer aux anciennes institutions, une organisation judiciaire en adéquation avec la France issue de la révolution. C'est pourquoi, l'idée des Constituants était de faire en sorte que le nouveau « pouvoir judiciaire » acquière une légitimité comparable à celle des autres pouvoirs, à savoir une légitimité de nature populaire, et que la durée et la situation des fonctions des magistrats ne conduisent pas à ce que ceux-ci puissent se considérer comme plus intouchables que les membres du Pouvoir politique.

123. La résolution de ces questions passait au préalable, par le desserrement du lien existant entre le magistrat et sa fonction. L'inamovibilité était alors directement visée, ainsi que l'exprimait le Député Chabroux devant l'Assemblée : « On a parlé de l'inamovibilité des juges ; je crois, moi, que des juges inamovibles empiètent sur les droits du prince et sur ceux du peuple »³²⁷. Cette position se justifiait de manière évidente, par le souvenir de l'appropriation de la justice par les magistrats inamovibles, sous l'Ancienne Monarchie. Le rapporteur Bergasse s'en était déjà fait l'écho, lors de la séance du 17 août 1789 : « Si le pouvoir judiciaire est la propriété du juge qui l'exerce, n'est-il pas à craindre qu'il n'offre à l'esprit du juge, aussi souvent l'idée d'un droit que l'idée d'un devoir ; et celui qui dispose du pouvoir de juger, celui qui le considère comme une propriété qu'il exploite, plutôt que comme un devoir qu'il doit remplir, ne sera-t-il pas tenté d'en abuser ? Et parce que l'abus, quelque faible qu'on le suppose, est toujours un attentat contre la liberté du citoyen, ne faut-il pas s'occuper soigneusement de le prévenir ? »³²⁸. Dans l'esprit des Constituants, deux moyens devaient permettre d'atteindre cet objectif : d'une part, en supprimant la vénalité et l'hérédité des charges qui avaient contribué à renforcer exagérément l'inamovibilité des magistrats sous l'Ancien Régime ; d'autre part, en supprimant l'inamovibilité elle-même, au profit d'un système reposant sur l'élection des juges.

124. S'agissant de la vénalité et de l'hérédité des offices, un décret des 16 et 29 novembre 1789 décida que toutes les résignations et tous les traités de cession d'offices de judicature, seraient désormais regardés comme de simples transports d'offices de judicature. En outre, l'expédition des provisions de ces offices était abolie. Le décret des 7 et 11 septembre 1790 marqua une étape décisive, en

³²⁷ Séance du 30 mars 1790, in P.-J.-B. Buchez, P.C. Roux-Lavergne, *Histoire parlementaire de la Révolution...*, t. V, *op. cit.*, pp. 110-111.

³²⁸ Séance du 17 août 1789, rapport produit in P.-J.-B. Buchez, P.C. Roux-Lavergne, *Histoire parlementaire de la Révolution...*, t. II, *op. cit.*, pp. 275-298.

supprimant les parlements, les conseils supérieurs, les présidiaux, les châtelets et bailliages, et plus largement l'ensemble des tribunaux d'Ancien Régime, qu'ils soient ordinaires, d'attributions ou de privilèges. Les officiers des parlements qui tenaient les chambres des vacations, furent invités par l'Assemblée à cesser leurs fonctions, le 15 octobre à Paris et le 30 septembre 1790 dans le reste du royaume. Les titulaires des offices supprimés devaient remettre leurs titres à un Comité de judicature spécialement créé, afin de pouvoir obtenir la liquidation et le remboursement de leurs charges, suivant les modalités prévues par le décret des 6 et 12 septembre 1790 et la loi du 20 janvier 1792³²⁹. Les révolutionnaires se voulaient ainsi respectueux du droit de propriété, en appliquant la lettre de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³³⁰. Il s'agissait également pour eux, de ne pas apparaître plus arbitraires que le roi sous l'Ancien Régime, en acceptant, comme lui, de rembourser le prix des offices supprimés.

125. La question de la durée des fonctions fut abordée lors de la séance du 3 mai 1790, sous l'intitulé suivant : « *Les juges seront-ils établis à vie ou pour un temps déterminé ?* ». Le Député Adrien Duport, réintroduisit la distinction faite par Jean Bodin et Montesquieu en leur temps, entre les magistrats nommés par le roi et les magistrats élus : « *Quand ils sont nommés par le roi, il est évident qu'ils peuvent être à vie ; mais, lorsqu'ils sont nommés par le peuple, la question change : institués par lui et pour lui, il faut seulement que le juge puisse obéir sans crainte à la loi et à sa conscience, il faut uniquement le défendre contre l'opinion publique* ». Le même ajoutait : « *Des juges à qui il n'aurait rien coûté pour se faire élire, que quelques moments de contrainte et d'hypocrisie, seraient donc élus à vie ? Ainsi l'erreur d'un choix ne pourrait jamais se réparer. Les juges sont-ils donc les propriétaires de la justice ? Les emplois à vie sont de véritables propriétés* »³³¹. Ainsi, la durée permanente ou temporaire des fonctions se trouvait étroitement liée à l'autorité de désignation. Dans la mesure où le Pouvoir exécutif était synonyme d'arbitraire, celui-ci ne devait plus avoir la possibilité de faire pression sur le magistrat, une fois ce dernier nommé. En revanche, présumé vertueux, le peuple devait conserver la possibilité de ne pas reconduire le juge qu'il avait élu, dans l'hypothèse où celui-ci aurait perdu la confiance populaire pour l'exercice des fonctions judiciaires. Mais ce débat en couvrait en réalité un autre portant sur le maintien ou la remise en cause de l'inamovibilité. Il ressort effectivement des débats parlementaires de l'époque, une

³²⁹ G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, pp. 381-382.

³³⁰ « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

³³¹ Séance du 3 mai 1790, in P.-J.-B. Buchez, P.C. Roux-Lavergne, *Histoire parlementaire de la Révolution...*, t. V, *op. cit.*, pp. 98-100.

certaine confusion entre cette garantie et le principe de la désignation à vie. Or, les révolutionnaires voyaient avant tout dans les fonctions viagères, un synonyme d'irresponsabilité, sinon d'irrévocabilité³³². C'est pourquoi, soucieux de supprimer l'inamovibilité, les Constituants adoptèrent le décret du 3 mai 1790, prévoyant que les juges seraient élus pour un temps déterminé et qu'ils ne pourraient être réélus sans intervalle. Un décret ultérieur des 16 et 24 août 1790 fixait à six ans la durée du mandat, et complétant un décret de 5 et 7 mai 1790, interdisait au roi de s'opposer à l'admission d'un juge élu³³³.

126. Cependant, malgré la croyance des membres de l'Assemblée, l'inamovibilité n'avait pas été totalement remise en cause par l'affirmation de l'élection à temps des juges. En effet, à l'occasion du débat sur la désignation à vie ou à temps, les révolutionnaires ont concentré leur feu sur l'image qu'ils se faisaient de l'inamovibilité au sortir de l'Ancien Régime : une garantie étroitement liée à la patrimonialité des offices et synonyme d'intangibilité. Ils avaient en revanche occulté la question de l'éviction des juges pendant la durée des fonctions. Ce problème devait être soulevé par le Député Tronchet, déclarant en séance : « *Est-il nécessaire, est-il plus utile que la justice soit rendue par un certain nombre de personnes qui ne soient appelées à cette fonction que momentanément, successivement et casuellement, que de la faire rendre par un même nombre de personnes, mais attachées à cette fonction d'une manière stable et permanente ? ... Je pense que le juge, même élu par le peuple, ne doit pas être inamovible et abandonné à l'inconstance de la faveur populaire ; mais je crois qu'il peut être subordonné à une révocation possible, pourvu qu'elle ne se fasse point d'une manière trop injurieuse, et que ce ne soit que par une très grande majorité de suffrages qu'il puisse être révoqué* »³³⁴. Cette intervention devait se traduire par l'insertion dans le décret des 16 et 24 août 1790, d'un article 8 suivant lequel les juges ne pourraient être : « *ni destitués que pour forfaiture dûment jugée, ni suspendus que par une accusation admise* ». Cette disposition devait par la suite, être reprise dans le texte même de la

³³² Lors de la séance du 30 mars 1790, le député Roederer critiquait en effet la désignation à vie en ces termes : « *Je demande que les juges soient temporaires ; je le demande pour l'intérêt des juges, dans l'intérêt de la justice, pour l'intérêt politique national. Quant à l'intérêt de la justice, il est clair à mes yeux que des juges élus pour trois ans, qui pourront être éliminés du Tribunal, s'ils se conduisent mal, et conservés, s'ils se conduisent bien, assureront au ministère de la justice ce respect et cette majesté que l'opinion publique seule confère. Quant à l'intérêt des juges, les déclarer inamovibles, ce serait travailler uniquement pour l'intérêt des mauvais juges ; déterminer la durée de leurs fonctions et autoriser les réélections, c'est s'occuper de l'intérêt des bons juges : la confiance publique conservera ceux qui se seront montrés dignes de cette confiance* », in P.-J.-B. Buchez, P.C. Roux-Lavergne, *Histoire parlementaire de la Révolution...*, t. V, *op. cit.*, p. 422.

³³³ G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, pp. 423-453.

³³⁴ Cité in P.-J.-B. Buchez, P.C. Roux-Lavergne, *Histoire parlementaire de la Révolution...*, t. V, *op. cit.*, pp. 272-273.

Constitution des 3 et 4 septembre 1791³³⁵. Or, il s'agissait là, d'un rappel presque littéral des dispositions de l'édit du 21 octobre 1467. Certes, l'idée suivant laquelle l'office du juge ne pouvait être vacant que pour cause de mort, avait été remise en cause par le rejet des fonctions viagères. Mais il faut bien admettre qu'elle avait cessé d'apparaître comme une véritable garantie pour les justiciables, en faisant craindre le maintien de juges incompetents ou subversif. L'encadrement des modalités d'éviction, se trouvait au contraire renforcé en cette qualité. Un juge à vie ne pouvait être déclaré moins sûr qu'un juge temporaire, dès lors que tous deux étaient susceptibles d'être évincés dans les mêmes conditions, pendant la durée de leurs fonctions.

127. Au-delà de la situation des juges, restait à régler celle des membres du ministère public. L'Assemblée devait décréter à l'unanimité, lors de la séance du 8 mai 1790, que les officiers chargés des fonctions du ministère public seraient nommés par le roi et institués à vie. Ce fut l'objet du décret du 8 mai 1790 et l'article 8 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790. Cette compétence du monarque avait été présentée comme le corollaire de sa fonction d'exécution des lois. La nomination à vie des officiers, apparaissait comme la contrepartie nécessaire de ce pouvoir. Ainsi, le représentant du ministère public se voyait reconnaître une inamovibilité proche de celle prévue par l'édit du 21 octobre 1467, bénéficiant notamment de la garantie juridictionnelle contre les évictions arbitraires. Ce statut fut confirmé par la Constitution du 3 septembre 1791, ces officiers prenant le titre de « *commissaires du roi après des tribunaux* ».

2°) L'institution contrariée d'une magistrature élue

128. Ainsi, à l'exception des membres du ministère public, les magistrats relevaient désormais, au mois de mai 1790, de cette « *maxime inaltérable* » suivant laquelle « *les juges doivent être élus par les justiciables* »³³⁶. Comme un symbole de sa pérennité future, certains députés étaient venus lui prêter des origines de loin très antérieures à celles de l'inamovibilité. En ce sens, le Député Bouche déclarait : « *L'histoire nous apprend que jusqu'à l'année 697, le peuple nommait ses juges... Je me borne à proposer de rédiger le décret dans ces termes : L'Assemblée, considérant que le droit le plus ancien des peuples, notamment du peuple français, est d'élire ses juges, a décrété que les juges seront élus par le peuple* »³³⁷. Pourtant, confronté à

³³⁵ Article 2 du chapitre V du titre III de la Constitution des 3 et 14 septembre 1791.

³³⁶ Propos de Thouret du 24 mars 1790, cités in L. Duguit, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 (suite et fin)*, Revue d'économie politique, 1893, p. 574.

³³⁷ Propos de Bouche du 5 mai 1790, cités in L. Duguit, *La séparation des pouvoirs...*, *op. cit.*, p. 574.

diverses difficultés, le système électif devait rapidement être remis en cause sous la Révolution.

129. Conformément au mode de désignation des juges prévu par le décret des 16 et 24 août 1790, les citoyens actifs furent pour la première fois convoqués dans les assemblées primaires au cours de l'hivers 1790-1791, afin d'élire les juges de paix, et de choisir les électeurs du second degré chargés d'élire les juges des tribunaux de district et du Tribunal de cassation. Cependant, ces élections furent marquées par un important abstentionnisme. Suite à l'abolition de la royauté³³⁸, et sans respecter le terme normal des mandats des juges, la Convention décréta sur proposition de Danton, le 22 septembre 1792, que : « *les corps judiciaires seraient renouvelés, ainsi que les juges de paix* », et que « *les juges pourraient être choisis indistinctement entre tous les citoyens* ». Les élections qui se déroulèrent au mois de janvier 1793, ne connurent malheureusement pas une participation plus importante. En outre, la Constitution de l'an I fut suspendue avec la proclamation du gouvernement « *révolutionnaire jusqu'à la paix* », le 10 octobre 1793.

Dans ce cadre, la Convention se chargea de pourvoir aux places vacantes, sans organiser de consultations électorales préalables. Puis, le Comité de salut public procéda concomitamment à des épurations dans les rangs des juges, comblant directement les places vacantes par des décrets successifs des 7 octobre 1793, 19 février, 13 et 18 mars 1794, ainsi que par un arrêté du 12 avril 1794³³⁹. Au lendemain du 9 thermidor marquant la fin de la terreur, la Convention fit procéder au renouvellement des tribunaux par voie électoral. Mais en raison d'un abstentionnisme persistant, elle attribua à un comité de législation le soin de nommer à tous les emplois judiciaires, par un décret du 4 mars 1795³⁴⁰. La Constitution du 22 frimaire an VIII, consécutive au coup d'Etat de Napoléon Bonaparte et établissant le Consulat, devait finalement mettre un terme à l'expérience de la magistrature élective.

130. En dépit de son apparition sous la Monarchie constitutionnelle, le système électif a été étroitement associé par la suite au régime républicain. En effet, l'élection des juges a connu un regain d'intérêt à partir de la Restauration, dans la mesure où elle s'inscrivait en rupture avec l'affirmation des Chartes constitutionnelles, suivant lesquelles: « *Toute justice émane du roi* ». Dans ce cadre, elle a été érigée en véritable *credo*, et sa cause a été ardemment défendue à

³³⁸ Décret des 21 et 22 septembre 1792.

³³⁹ G. Picot, *La réforme judiciaire en France*, Hachette, Paris, 1881, p. 30-31, cité in G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 404.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 32, cité in G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 404.

l'occasion de chaque changement de régime, se traduisant par l'avènement d'une nouvelle République. Or, il est intéressant de souligner le rapport inversement proportionnel existant entre l'inamovibilité et le système électif. Les tentatives de rétablissement de ce dernier, coïncident avec chacune des grandes crises auxquelles s'est trouvée confrontée l'inamovibilité, en régime républicain.

Au lendemain de la proclamation de la Seconde République, le 2 mars 1848, le Ministre de l'intérieur Ledru-Rollin adressa en ce sens aux commissaires de la République, une circulaire ordonnant : « *la suspension de l'inamovibilité en attendant la mise en place d'une magistrature librement élue* »³⁴¹. Un mois plus tard, le 17 avril 1848, le Gouvernement provisoire vint compléter cette instruction par un décret ainsi rédigé : « *Considérant que le principe de l'inamovibilité de la magistrature, incompatible avec le gouvernement républicain, a disparu avec la Charte de 1830 ; provisoirement, et jusqu'au jour où l'Assemblée nationale se prononcera sur l'organisation judiciaire, la suspension ou la révocation des magistrats peut être prononcée par le ministre de la justice, comme mesure d'intérêt public* ». A défaut d'inamovibilité, le Gouvernement se prononçait en faveur de l'élection des juges. Cependant, la Constitution du 4 novembre 1848 devait faire mentir cette affirmation, en accordant à des juges désignés par le chef de l'Etat, le bénéfice de cette garantie³⁴².

Sous le Second Empire, la défense de l'élection des juges par les républicains, vint s'intégrer dans un courant plus vaste en faveur de la transposition en France d'un système inspiré des modèles suisse et américain. Sous ces influences, était suggérée à la fois l'élection des fonctionnaires au suffrage universel et la décentralisation territoriale. Ainsi, Jules Simon publiait en 1868, sa *Réforme radicale*, dans laquelle il dénonçait l'existence d'une administration « *d'esprit monarchique* », oppressive à l'égard des libertés³⁴³. De la même manière, Léon Gambetta devait réclamer dans son *Programme de Belleville* de 1869, la désignation de l'ensemble des agents de la fonction publique par voie électorale³⁴⁴. Ainsi, sachant que les juges américains et suisses bénéficiaient de l'inamovibilité, l'opposition entre le système électif et l'inamovibilité semblait se réduire.

³⁴¹ A. Ledru-Rollin, circulaire du 2 mars 1848, citée in J. Poumarède, *La magistrature et la République. Le débat sur l'élection des juges en 1882*, Mélanges Pierre Hébraud, éd. Université des sciences sociales, Toulouse, 1981, p. 672.

³⁴² Article 87.

³⁴³ J. Poumarède, *La magistrature et la République...*, op. cit., pp. 672-673.

³⁴⁴ J. Gaillard, *Gambetta et le radicalisme entre l'élection de Belleville et celle de Marseille en 1869*, Revue historique, n° 519, 1973, p. 82.

131. Pourtant, cet antagonisme devait renaître avec l'avènement de la III^{ème} République. En tant que ministre de la justice du Gouvernement de la défense nationale, Adolphe Crémieux prit deux décrets, les 28 janvier et 3 février 1871, afin de révoquer des magistrats qui avaient siégé dans les commissions mixtes en 1852. Or, ce ministre avait déjà exercé des fonctions analogues au sein du Gouvernement provisoire de la Seconde République, et était en conséquence favorable à l'élection des juges. Cependant, l'Assemblée nationale nouvellement élue, et composée en majorité de monarchistes et bonapartistes, annula ces décrets le 26 mars 1871. En définitive, seule la Commune de Paris proclama l'élection des juges au suffrage universel direct³⁴⁵, pendant cette période troublée.

Un véritable débat devait en revanche s'engager sur le sujet, avec l'avènement de la « *République aux républicains* », dans le sillon des élections qui avaient porté une majorité républicaine à la Chambre des députés et au Sénat, entraînant la démission du Maréchal de Mac-Mahon de la présidence de la République, au profit du républicain Jules Grévy. Georges Clemenceau avait alors érigé en doctrine, la formule : « *Toutes les places et tout de suite* », avec pour réponse : « *élistons les juges* ». Lors de la séance du 22 novembre 1880 à la chambre basse, un amendement de l'extrême gauche radicale en faveur de l'élection, recueillit 175 voix³⁴⁶, dépassant les frontières de ce courant politique³⁴⁷. Plus encore, il semblerait qu'aux élections législatives précédentes, 200 députés se soient prononcés en faveur de l'élection des juges³⁴⁸. Les débats sur la réforme des tribunaux s'engagea en Juin 1882, Clemenceau déclara à la tribune : « *Maintenir la nomination des magistrats par le pouvoir exécutif, c'est confisquer la souveraineté nationale, c'est conserver la centralisation à outrance qui tue la France en l'étouffant, centralisation inventée par les régimes despotiques et dont on veut encore aggraver les effets en rendant les juges amovibles, c'est à dire en faisant d'eux de simples instruments d'oppression* »³⁴⁹.

Le Député radical Douville-Maillefeu proposa le renvoi en commission de l'étude des modalités du suffrage, et fit voter le 10 juin 1882 par la Chambre, un

³⁴⁵ Décret du 13 avril 1871, cité par J. Poumarède, *La magistrature et la République...*, *op. cit.*, pp. 672-673.

³⁴⁶ JO, 23 novembre 1880, p. 11378.

³⁴⁷ L'extrême gauche radicale ne comptait alors que 46 sièges. Le rapporteur de la commission, Pierre Legrand, député de la Gauche républicaine, devait ainsi exprimer sa préférence personnelle pour le système électif.

³⁴⁸ J. Poumarède, *La magistrature et la République...*, *op. cit.*, pp. 676-677.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 677.

amendement proclamant le principe de l'élection des juges par 275 voix contre 108. Aux 46 radicaux et 131 républicains opportunistes, était venu s'ajouter le groupe des 78 bonapartistes et monarchistes³⁵⁰. La commission déposa son rapport le 23 novembre 1882³⁵¹. Concernant les modalités du suffrage, la commission avait opté pour une solution intermédiaire écartant à la fois le suffrage universel direct qu'il considérait comme « *prématuré et dangereux dans l'état actuel de l'opinion* », et le suffrage limité aux seules professions judiciaires, « *pour ne pas reconstituer un esprit de caste* ». Le rapport proposait concrètement un système de suffrage universel à deux degrés, consistant à faire élire les juges par un collège de délégués élus au suffrage universel dans le cadre de l'arrondissement, et l'élection des juges de la Cour de cassation par le Congrès. Néanmoins, l'article 1^{er} du projet de loi se voulait d'une clarté absolue : « *L'inamovibilité est supprimée : les juges sont élus* ».

Le rapport de la commission chargée de réfléchir sur les modalités de suffrage pour l'élection des juges, fut mis en discussion devant la Chambre, du 15 au 27 janvier 1883³⁵². Mais le climat politique n'apparaissait plus aussi favorable à ce système. Jules Var, député proche de Clémenceau déclarait ainsi : « *Messieurs, il y a six mois, j'ai voté le principe de l'élection des juges, je viens aujourd'hui après de longues et consciencieuses réflexions le combattre de toute mon énergie* »³⁵³. En dehors de l'Assemblée, « *Le Voltaire* », journal radical, publia une série d'articles dénonçant les travers de l'élection des juges aux Etats-Unis. Arthur Desjardins, ancien avocat général de la Cour de cassation, écrivit une mise en garde à l'endroit de l'élection des juges, dans la « *Revue des Deux-Mondes* »³⁵⁴. Waldeck-Rousseau, nouveau chef de la majorité opportuniste, devait dénoncer vivement le système électif à la tribune, lors de la séance du 27 janvier 1883, en soulignant les dangers du vote du 10 juin 1882 : « *la constitution de pouvoirs judiciaires autonomes... la justice rendue différemment d'une région à l'autre selon les passions et les enjeux politiques... l'unité de la loi elle-même brisée !* ». Suite à son intervention, le rapport de la commission fut écarté, le 27 janvier 1883, par 274 voix contre 204³⁵⁵. Avec ce vote, l'inamovibilité éclipsait durablement le système électif.

³⁵⁰ JO, débats parlementaires, 1882, pp. 859-861.

³⁵¹ JO, rapport de Lepère, député, annexes, 1882, p. 2576.

³⁵² JO, débats parlementaires, 16, 17, 19, 21, 23, 24, 26, et 28 janvier 1883.

³⁵³ J. Poumarède, *La magistrature et la République...*, op. cit., p. 679.

³⁵⁴ A. Desjardins, *La magistrature élue*, Revue des Deux Mondes, 15 juillet 1882, pp. 549-575.

³⁵⁵ Séance du 27 janvier 1883, JO, débats parlementaires, janvier 1883, pp. 45 et s. et 140 et s.

B . L'identification pérenne de l'inamovibilité à une magistrature professionnelle

132. De manière paradoxale, la Révolution a pleinement contribué au rétablissement de l'inamovibilité. Cette dernière est de nouveau apparue avec l'échec du système électif, comme la principale garantie d'indépendance des juges, bénéficiant en conséquence, d'une consécration continue au sommet de la hiérarchie des normes (1^o). En outre, considérée comme un gage de stabilité, l'inamovibilité s'est vue renforcée par le rétablissement durable d'une magistrature professionnelle (2^o).

1^o) L'affirmation constante de l'inamovibilité des magistrats

133. S'il est certain que le principe d'inamovibilité des magistrats a bénéficié d'une effectivité relative entre 1789 et 1958, cette garantie se distingue néanmoins par sa consécration formelle sous chacun des régimes qui se sont succédés au cours de cette période, malgré leur diversité et leur opposition : Monarchie constitutionnelle (1791-1792), Convention (1792-1795), Directoire (1795-1799), Consulat (1799-1804), Premier Empire (1804-1814), Restauration (1814-1830), Monarchie de Juillet (1830-1848), Seconde République (1848-1851), Second Empire (1852-1870), III^{ème} République (1870-1940), Régime de Vichy (1940-1944), et IV^{ème} République (1946-1958). Sur la durée, il convient de mettre en exergue la prépondérance de la garantie d'éviction sur la garantie viagère, même s'il faut également souligner à partir du Second Empire, une disparition de la définition positive de l'inamovibilité au niveau constitutionnel.

134. Sous la période révolutionnaire, les Constitutions de la Monarchie constitutionnelle et du Directoire, ont consacré l'inamovibilité des juges élus, dans des termes assez identiques, reprenant les dispositions de l'édit du 21 octobre 1467 relatives aux modalités d'éviction. Ainsi, la Constitution des 3 et 4 septembre 1791 disposait que les juges : « *ne pourront être, ni destitués que pour forfaiture dûment jugée, ni suspendus que pour une accusation admise* »³⁵⁶, et celle du 22 août 1795, que : « *Les juges ne peuvent être destitués que pour forfaiture légalement jugée, ni suspendus que par une accusation admise* »³⁵⁷.

Avec l'avènement du Consulat, l'inamovibilité va être réaffirmée en faveur de juges désormais nommés par le Premier consul ou, s'agissant des juges de cassation, élus par le Sénat. Ainsi, la Constitution du 22 frimaire en VIII disposait que : « *Les*

³⁵⁶ Article 2 du chapitre 5 de la Constitution des 3 et 4 septembre 1791.

³⁵⁷ Article 206 du titre VIII de la Constitution du 22 août 1795 ou du 5 fructidor an III.

juges...conservent leurs fonctions toute leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture, ou qu'ils ne soient pas maintenus sur les listes d'éligibles »³⁵⁸. L'intérêt de cette disposition est double. D'une part les juges étaient de nouveau, comme ce fut le cas sous l'Ancien Régime, désignés à vie. D'autre part, venait s'ajouter à la forfaiture comme cause de destitution des juges, l'absence de maintien de ceux-ci sur les listes d'éligibles. De cette manière, l'inamovibilité des juges se trouvait reconnue dans le cadre d'un système de nomination à vie par le chef de l'Etat, sous réserve du maintien de la confiance des citoyens par voie électorale.

Pendant le bref retour de l'Empire en 1815, l'inamovibilité des juges va être rappelée au niveau constitutionnel, sans être définie, mais en étant distinguée de la désignation à vie. L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, disposait en ce sens que les juges « *sont inamovibles et à vie dès l'instant de leur nomination* ». La Constitution de la Seconde République du 4 novembre 1848, va offrir une définition complète de l'inamovibilité, opérant la synthèse des apports antérieurs. Ainsi, son article 87 prévoyait que : « *Les juges de première instance et d'appel, les membres de la Cour de cassation...sont nommés à vie. – Ils ne peuvent être révoqués ou suspendus que par un jugement, ni mis à la retraite que pour les causes et dans les formes déterminées par les lois* »³⁵⁹. Cette consécration peut sembler un peu paradoxale, eu égard aux événements qui l'ont précédés. En effet, le Gouvernement provisoire établi au lendemain de la chute de la Monarchie de Juillet, avait adopté un décret proclamant l'incompatibilité entre l'inamovibilité et la République. Néanmoins, si les républicains étaient effectivement majoritaires au sein de l'Assemblée constituante qui a adopté cette disposition, par opposition à l'Assemblée législative qui lui a succédé, elle apparaissait elle-même plus modérée dans son ensemble, que le Gouvernement provisoire.

135. Les autres textes constitutionnels de la période comprise entre 1814 et 1958, bien que réaffirmant le principe d'inamovibilité, vont être caractérisés par leur aspect extrêmement succinct. Sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, l'article 58 de la charte du 4 juin 1815 et l'article 49 de la Charte du 14 août 1830, disposaient suivant une même formule, que : « *Les juges nommés par le roi sont inamovibles* ». Sous le Second Empire, l'inamovibilité des magistrats ne fut pas envisagée dans le cadre d'un chapitre ou d'un titre relatif à l'organisation judiciaire, mais dans les dispositions relatives aux attributions du Sénat en matière de contrôle de constitutionnalité. L'article 26 de la Constitution du 14 janvier 1852 prévoyait en effet que : « *Le Sénat s'oppose à la promulgation, - 1° Des lois qui seraient*

³⁵⁸ Article 68 du titre V de la Constitution du 13 décembre 1799 ou du 22 frimaire an VIII.

³⁵⁹ Article 87 du chapitre VIII de la Constitution du 4 novembre 1848.

contraires ou qui porteraient atteinte...au principe de l'inamovibilité de la magistrature »³⁶⁰. La compétence du Sénat conservateur fut par la suite reprise à l'identique, à l'occasion du Sénatus-consulte du 14 mars 1867 modifiant l'article 26 de la Constitution de 1852³⁶¹. Le Sénatus-consulte du 21 mai 1870 fixant la Constitution de l'Empire, et consacrant l'évolution parlementaire du régime, affirmait de nouveau l'inamovibilité des magistrats parmi les dispositions relatives aux attributions de l'Empereur. Ainsi, son article 15 alinéa 2 disposait : « *L'inamovibilité de la magistrature est maintenue* »³⁶². Parenthèse entre les III^{ème} et IV^{ème} Républiques, le Régime de Vichy aurait également dû bénéficier d'une véritable Constitution. Cependant, alors que la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 prévoyait qu'elle serait « *ratifiée par la Nation* », seul un projet fut en définitive réalisé. Dans le sillon des Constitutions antérieures, celui-ci disposait dans un article 32 alinéa 3 : « *Les magistrats du siège sont inamovibles* ». Enfin, sous la IV^{ème} République, la Constitution du 27 octobre 1946 est venue consacrer une fois encore cette garantie, dans son article 84 alinéa 3 : « *Les magistrats du siège sont inamovibles* »³⁶³.

136. L'affirmation de l'inamovibilité des magistrats sous la III^{ème} République, suppose en revanche de faire l'objet d'un examen spécifique, en raison de l'absence de fondement constitutionnel. Effectivement, les trois lois constitutionnelles³⁶⁴, initialement conçues comme provisoires³⁶⁵ jusqu'à l'affirmation d'un régime monarchiste ou républicain, n'intégrèrent pas de dispositions relatives à l'organisation judiciaire. Cependant, en raison du fragile équilibre sur lequel reposait la III^{ème} République, ces lois furent maintenues et firent office de Constitution jusqu'en 1940. Pour autant, un véritable débat s'est engagé afin de déterminer la valeur juridique de l'inamovibilité. La question s'était déjà posée une première fois, suite à l'adoption par le Gouvernement de la défense nationale des décrets dits « *Crémieux* » des 28 janvier et 3 février 1871, révoquant

³⁶⁰ Article 26 du titre IV de la Constitution du 14 janvier 1852.

³⁶¹ Article unique du Sénatus-consulte du 14 mars 1867.

³⁶² Article 15 du Sénatus-consulte du 21 mai 1870.

³⁶³ Article 84 du titre IX de la Constitution du 27 octobre 1946.

³⁶⁴ La loi du 24 février 1875 relative au Sénat, la loi du 25 février 1875 sur l'organisation des pouvoirs publics, et la loi du 16 juillet 1875 régissant les rapports des pouvoirs publics.

³⁶⁵ Le Député Ventavon, rapporteur du projet de la « *Commission des Trente* » chargée d'élaborer des projets de lois constitutionnelles sur les pouvoirs publics et sur la responsabilité ministérielle, devait déclarer à la tribune le 21 janvier 1875 : « *Ce n'est pas à vrai dire une constitution que j'ai l'honneur de vous rapporter ; ce nom ne convient qu'aux institutions fondées pour un avenir indéfini. Il s'agit simplement aujourd'hui d'organiser des pouvoirs temporaires, les pouvoirs d'un homme* ».

des magistrats ayant siégé dans les commissions mixtes paritaires. La Commission parlementaire chargée d'examiner le projet du Garde des Sceaux visant à annuler ces décrets, soumit à l'Assemblée nationale une proposition portant : « *Les décrets du 28 janvier et du 3 février 1871 sont déclarés nuls et nonavenus comme contraires au principe constitutionnel de l'inamovibilité de la magistrature* »³⁶⁶. L'Assemblée atténua l'affirmation de la valeur constitutionnelle de l'inamovibilité des magistrats, en lui préférant la référence à la séparation des pouvoirs, ce qui conduisit à l'adoption d'un amendement destiné à annuler le premier décret « *Crémieux* ». Cet amendement était précisément formulé dans les termes suivants : « *Le décret du 28 janvier 1871 qui a prononcé la déchéance des quinze magistrats inamovibles est annulé comme contraire à la séparation des pouvoirs et au principe de l'inamovibilité de la magistrature* »³⁶⁷.

Le débat devait renaître quelques années après l'adoption des Lois constitutionnelles de 1875, à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à l'organisation des tribunaux judiciaires. Le gouvernement entendait alors suspendre l'application de l'inamovibilité au moyen d'une loi ordinaire, dans le but inavoué d'écarter les magistrats d'obédience monarchiste ou bonapartiste. Or, le succès d'une telle entreprise impliquait nécessairement que l'inamovibilité ne revête pas une valeur supralégislative, et plus précisément constitutionnelle. Dans le silence des Lois de 1875, certains opposants ont cherché à démontrer l'existence d'une sorte de continuité constitutionnelle républicaine. Ainsi, le Sénateur Jouin concluait en ces termes devant la chambre haute : « *Oui ou non, le principe de l'inamovibilité est-il un principe de la Constitution républicaine de 1848 ? Oui. Ce principe constitutionnel, proclamé dans la Constitution, respecté par la violation même de cette Constitution, a-t-il été annulé, renversé, modifié, effacé par l'Assemblée qui a fait la Constitution sous laquelle nous vivons ? Non. Donc ce principe est un principe constitutionnel* »³⁶⁸. Le gouvernement soutint de manière plus logique, la théorie inverse. Selon le Garde des Sceaux Martin-Feuillée, les Constitutions antérieures ayant consacré l'inamovibilité, avaient été emportées avec les régimes politiques qui leur avaient donné naissance. Résumant ses propos, il déclarait, non sans ironie : « *Comment, l'inamovibilité serait encore un principe constitutionnel ? Ce n'est pas possible, ce serait reconnaître que la Constitution de 1852 a survécu à la chute de l'Empire...La Constitution de 1852 est morte et bien morte ; et la Constitution de 1875 est muette. En conséquence, l'inamovibilité, aujourd'hui,*

³⁶⁶ Séance du 25 mars 1871, in C. Carisch, *op. cit.*, p. 34.

³⁶⁷ Séance du 26 mars 1871, JO, 1871, pp. 277-283.

³⁶⁸ JO, débats parlementaires, Sénat, 28 et 29 juillet 1882, cités par L. Ducom, *op. cit.*, p. 97.

dépend absolument du pouvoir législatif»³⁶⁹. Le président du Conseil concluait enfin en soulignant : « *Il n'y a pas de Constitution tacite ; il n'y a pas de droits constitutionnels par réticence !...C'est fondamental, mais ce n'est pas constitutionnel au sens légal du mot* »³⁷⁰. En définitive, les chambres devaient se contenter de suspendre l'inamovibilité des magistrats pour une durée de trois mois, à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 30 août 1883, cette dernière réaffirmant cette garantie au niveau législatif.

137. Par la suite, la doctrine est restée divisée pendant toute la durée de la III^{ème} République, sur le sujet. Ainsi, Pour le Doyen Duguit, l'inamovibilité avait tout au plus une valeur législative : « *Il y a donc là, en France et en général dans les pays qui pratiquent le système des constitutions rigides et qui en même temps ne font pas de l'ordre judiciaire un pouvoir autonome, une simple règle législative, que le législateur ordinaire peut modifier, suspendre et abroger à son gré* »³⁷¹. Le Professeur Esmein, sans lui reconnaître une valeur constitutionnelle, estimait que l'inamovibilité constituait un principe supérieur du droit public, un de ces principes qui : « *comme le respect des droits individuels...dominent notre droit sans avoir besoin de recevoir une expression législative* »³⁷². Le Professeur Garsonnet optait en revanche pour une solution intermédiaire fondée sur la raison, et limitant le législateur dans l'exercice de sa compétence : « *Ainsi, si en droit, le législateur a le pouvoir de le (principe d'inamovibilité) modifier, de le suspendre et de l'abroger : ce n'est pas à dire qu'il ait raison d'en user, car tous les gouvernements qui portent atteinte à ce principe encourent, quelle que soit leur origine, le reproche de vouloir asservir la justice et quand l'Etat croit devoir user de son droit incontestable de réformer les institutions judiciaires, il doit le faire en changeant l'organisation, et non pas en choisissant arbitrairement parmi les personnes* »³⁷³.

2°) L'affirmation progressive d'une magistrature professionnelle

138. Selon le propos du Professeur Royer : « *Avec le recul du temps, l'adoption du principe de l'élection, pourtant révolutionnaire et « d'esprit*

³⁶⁹ JO, débats parlementaires, Sénat, 29 juillet 1883, p. 1104.

³⁷⁰ JO, débats parlementaires, Sénat, 29 juillet 1883, p. 1109.

³⁷¹ L. Duguit, *Etudes de Droit public...*, op. cit., pp. 584 et s.

³⁷² A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, L. Larose, Paris, 2^e éd., 1899, p. 424.

³⁷³ E. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale : en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, vol I., L. Larose & L. Tenin, 3^e éd., Paris, 1912, p. 206.

républicain »...paraît aujourd'hui beaucoup moins grave que la décision que prirent les députés sur la durée du mandat qui serait confié aux juges élus »³⁷⁴. En effet, la durée des fonctions se résumait selon eux, en une alternative entre une magistrature élue à temps ou désignée à vie. Or, les débats de la Constituante ne se sont pas uniquement focalisés sur l'objectif de subordination de la fonction judiciaire. Au contraire, les révolutionnaires ont également envisagé le problème de la durée des fonctions, sous le prisme de la compétence. C'est ainsi qu'incidemment, ils ont contribué à raviver l'idée d'un « *corps de juges professionnels, choisis pour leur compétence juridique* », et bénéficiant en contrepartie de la garantie de l'inamovibilité.

139. En 1790, les Constituants estimaient que le maintien en fonctions pendant une longue durée, ne constituait pas nécessairement un gage de compétence supérieur à celui des juges élus pour un court mandat. En ce sens, le Député André, ancien conseiller au parlement d'Aix, déclarait : « *La seule objection qui puisse d'abord paraître raisonnable est celle-ci : des juges à temps ne seraient pas de bons juges ; je crois au contraire que des juges à vie seraient de mauvais juges. Il est certain qu'un magistrat assuré de conserver son état toute sa vie, se fait une routine et n'étudie plus : on peut sur ce point en croire mon expérience. Les juges honorés du choix du peuple croiront n'avoir plus rien à apprendre et n'avoir plus qu'à juger ; ainsi l'inamovibilité est un moyen sûr d'avoir de mauvais juges. Le magistrat à temps, désirant se faire continuer, travaillera et rendra bonne justice* »³⁷⁵. Le Député Chabroux se voulait pour sa part, plus décisif dans sa condamnation des fonctions viagères : « *Le présent de l'inamovibilité est l'éteignoir de l'ambition de s'éclairer : si le peuple s'est trompé dans ses choix, l'homme inamovible sera constamment ignorant et oisif, parce qu'il aura le droit de l'être impunément* »³⁷⁶. En raison de la confusion dont il a été fait état précédemment, entre la désignation à vie et l'inamovibilité, cette dernière se voyait également réprouvée par les révolutionnaires. A l'inverse, la faible durée des fonctions apparaissait comme le meilleur moyen de s'assurer de la compétence des juges. L'ancien Conseiller au parlement de Metz, Roederer, défendait cette position. Dans l'intérêt de la justice, il louait « *...les juges élus pour trois ans, qui pourront être éliminés s'ils se conduisent mal et conservés s'ils se conduisent bien* ». Dans celui des juges, il soulignait que : « *...déterminer la durée de leurs fonctions et autoriser les réélections, c'est*

³⁷⁴ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, op. cit., pp. 327-328.

³⁷⁵ P.-J.-B. Buchez, P.-C. Roux-Lavergne, *Histoire parlementaire de la Révolution...*, t. V, op. cit., pp. 420-421.

³⁷⁶ *Ibid.*, pp. 110-111.

s'occuper de l'intérêt des bons juges : la confiance publique conservera ceux qui se seront montrés dignes de cette confiance »³⁷⁷.

140. En conséquence, après avoir opté pour le mandat électif, les Constituants s'attachèrent à démontrer la justesse de leurs assertions. Dans cette perspective, ils cherchèrent à encadrer au mieux le recrutement des juges, et la durée de leur mandat. L'entrée en fonctions fut ainsi soumise à certaines exigences de capacité. D'une part, était posée une condition de capacité présumée des électeurs. En vertu de la distinction entre les citoyens « *actifs* » et « *passifs* », seuls pouvaient participer à l'élection des juges, les électeurs versant une contribution annuelle égale ou supérieure à la valeur de trois journées de travail. D'autre part, était demandée une condition de capacité pour pouvoir se porter candidat. Il fallait avoir exercé pendant cinq ans la profession de juge ou d'homme de loi. Cette dernière notion avait été précisée par un décret du 2 septembre 1790, visant momentanément les avocats qui avaient rempli leurs fonctions comme avocats plaidants ou consultants auprès des tribunaux d'Ancien Régime³⁷⁸. En un mot, la magistrature était exclusivement ouverte aux professionnels de la justice du régime précédent.

De la même façon, l'Assemblée constituante battit en brèche son souhait initial d'un mandat de très courte durée, à l'exemple de celui choisi pour les représentants de l'Assemblée nationale législative. Au cours des travaux du 3 mai 1790, un conflit s'engagea entre les anciens magistrats favorables à un mandat bref, et les avocats partisans d'une solution contraire. Les Constituants devaient finalement trancher dans le sens d'un équilibre, en affirmant que les juges seraient élus « *pour un temps déterminé* », mais qu'ils pourraient néanmoins être réélus « *sans intervalle* »³⁷⁹. Lorsqu'il fut question le lendemain, de fixer la durée du mandat, les avocats présentèrent un contre argument à celui invoqué, d'un risque d'incompétence du juge désigné pour une longue période. En ce sens, Garat l'aîné devait relever à bon escient : « *Les bons juges sont rares, ils sont un présent du ciel ; si nous les obtenons une première fois, faisons-en jouir la société le plus longtemps possible* »³⁸⁰. Cet argument apparaissait d'autant plus solide que le vivier dans lequel la magistrature était susceptible de trouver ses membres, était fortement réduit du fait des exigences de capacité. Prenant en compte la nécessité de ne pas désintéresser de cette fonction, les juristes compétents, il fut décidé que « *les juges exercer(aient) leurs fonctions pendant six ans* » et seraient rééligibles immédiatement.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 422.

³⁷⁸ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 331.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 329.

141. Or, en raison de l'échec du système électif sous la Révolution, l'affirmation d'une magistrature professionnelle dont les membres seraient désignés pour une longue durée et bénéficieraient de l'inamovibilité, est apparue comme la solution la plus appropriée pour l'établissement d'une justice compétente. Selon le Professeur Royer, ce statut aurait été défendu à partir du Directoire, présenté comme « *une marque de dignité de la magistrature, mais aussi un gage de capacité des juges, encouragés qu'ils seraient à acquérir ou à parfaire leurs connaissances par la fixité de leurs fonctions* »³⁸¹. Ce statut va finalement être concrétisé dans les textes, sous le Consulat et l'Empire. Effectivement, le nouvel article 68 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, prévoyait que : « *Les juges...conservent leurs fonctions toute leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture...* ». Conçu comme un gage de la compétence des magistrats, ce système devait être appuyé par plusieurs mesures. Si pendant la durée du Consulat, aucune exigence liée aux connaissances juridiques n'était requise, cette situation se justifiait essentiellement par l'idée suivant laquelle seul l'exercice des fonctions était à même de démontrer la compétence du juge. Cependant, avec la loi du 22 ventôse an XII³⁸², fut reconnu à l'Etat un monopole pour la formation juridique des juges et des avocats. Les douze établissements dans lesquels cette formation était dispensée, furent ensuite transformés en facultés de droit par le décret du 17 mars 1808. De manière complémentaire, la loi du 20 avril 1810 subordonna l'accès à la magistrature, au bénéfice d'un diplôme de licencié en droit et à la réalisation d'un stage de deux ans au barreau³⁸³. En outre, le décret du 16 mars 1808 avait institué le système des conseillers-auditeurs. Envisagé comme une sorte de noviciat judiciaire, cette qualité était ouverte aux candidats à la magistrature disposant d'un niveau de rente annuelle supérieur à 3000 francs, et ayant exercé au barreau pendant deux ans. A l'issue d'un stage en juridiction, ils étaient susceptibles d'accéder à un poste dans une juridiction ou au sein des conseils de préfecture, un tiers des postes vacants leur étant réservé à cet effet³⁸⁴.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 330.

³⁸¹ *Ibid.*, pp. 453-454.

³⁸² 13 mars 1804.

³⁸³ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 456. Il convient de noter que ce système de recrutement des magistrats sur la base d'une capacité juridique, fut maintenue pendant un siècle et demi, jusqu'à l'instauration d'un concours.

³⁸⁴ *Ibid.*, pp. 500-501 ; G. Sautel, *Histoire des institutions politiques depuis la Révolution française*, Dalloz, Précis, Paris, 3^e éd., 1974, p. 316. La loi du 10 décembre 1830 devait prévoir que l'institution des conseillers-auditeurs serait supprimée par voie d'extinction.

142. Pour autant, la contribution des Constituants à la renaissance d'un corps de juges professionnels, suppose d'être relativisée. En effet, leur souci de voir instituer des juges compétents, se trouvait balancé par leur volonté de prévenir tout retour des parlements d'Ancien Régime. En ce sens, l'ancien Conseiller au Parlement d'Aix, André, craignait que des juges à vie ne conduisent à « *substituer la jurisprudence du tribunal à la jurisprudence nationale* », et à « *mettre un Code extra-législatif à côté du Code des législateurs* »³⁸⁵. La mise en place de juge temporaire, pouvait alors apparaître comme la meilleure solution, ainsi que l'a souligné le Député Duport : « *Si vous voulez des lois simples et claires, ayez des juges temporaires et non à vie, n'ayez point de tribunaux permanents* »³⁸⁶. Mais des juges compétents, intermédiaires nécessaires entre la loi et le justiciable, faisaient en revanche figure de danger. Le même parlementaire s'en faisait l'écho : « *On a dit que l'état de juge demande de longues études ; cela peut être : mais, si les lois pouvaient être mises à la portée de tout le monde, le juge ne pourrait plus se revêtir d'un voile scientifique...* ». Le remède semblait s'imposer de lui-même : instaurer le syllogisme judiciaire.

§ 2 . La tentative de neutralisation de l'inamovibilité par le syllogisme judiciaire

143. La théorie du syllogisme judiciaire défend une conception du jugement, en vertu de laquelle ce dernier constituerait uniquement le produit d'une activité mécanique. L'acte de juger se trouve structuré autour d'un raisonnement en trois temps. La prémisse majeure est la loi applicable au litige, la mineure réside dans le fait imputable, et la conclusion correspond à la solution. Le juge est donc privé de toute marge d'appréciation, dans le règlement de l'affaire qui lui est soumise. Plus exactement, cette théorie s'oppose au principe d'indépendance du juge dans l'exercice de ses fonctions. Dans ces conditions, reconnaître le bénéfice de l'inamovibilité à un magistrat chargé de juger en syllogisme, rendrait cette garantie illusoire. *Quid* du refus de l'accorder à un juge chargé d'appliquer un contentieux inapproprié à un tel raisonnement. Pourtant, les pouvoirs publics se sont classiquement prononcés en ce sens, dans le sillon de la pensée révolutionnaire. Accorder l'inamovibilité à un juge disposant d'une certaine marge d'appréciation dans l'exercice de ses fonctions, c'était prendre le risque de le voir s'émanciper. En

³⁸⁵ Archives parlementaires, t. XV, p. 371, cité in J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 329.

³⁸⁶ P.-J.-B. Buchez, P.C. Roux-Lavergne, *Histoire parlementaire de la Révolution...*, t. V, op. cit., pp. 98-100.

conséquence, au sein de l'ordre judiciaire, la reconnaissance de l'inamovibilité a le plus souvent été subordonnée à la désécialisation ou à la normalisation progressive du contentieux pris en charge (1°). Inversement, son bénéfice a été exclu en faveur des juges relevant des juridictions spécialisées ou d'exception (2°).

A . Un bénéfice de l'inamovibilité conditionné au sein de l'ordre judiciaire

144. A côté du contentieux civil, la sphère de compétence de l'ordre judiciaire s'étend à plusieurs contentieux spécialisés. C'est pourquoi, la reconnaissance de l'inamovibilité a été subordonnée à une désécialisation de ces contentieux pour les juges métropolitains (1°), voire à une normalisation progressive de celui-ci, s'agissant des juges coloniaux (2°).

1°) L'inamovibilité dans l'ordre métropolitain, soumise à la désécialisation des contentieux

145. Malgré la réunion des dispositions relatives à l'organisation judiciaire, au niveau constitutionnel, sous l'intitulé : « *Du Pouvoir judiciaire* »³⁸⁷, il n'existe pas à proprement parler d'ordre judiciaire pendant la Révolution. En effet, les Constituants ont opéré dès l'examen de la loi des 16 et 24 août 1790, une distinction entre le contentieux ordinaire et les contentieux spécialisés. Le premier, correspondant au droit civil, était jugé susceptible de se voir appliquer sans restriction le principe du syllogisme judiciaire. Le juge civil pouvait en conséquence bénéficier de l'inamovibilité, comme l'ont d'ailleurs prévu les textes. En revanche, les seconds impliquaient la reconnaissance d'une certaine marge d'appréciation dans l'application de la loi, et pouvaient intéresser directement l'Etat. Le raisonnement syllogistique était dès lors inapplicable en tant que tel, rendant difficile l'octroi de l'inamovibilité aux juges compétents.

146. Au sein de la « *Justice civile* »³⁸⁸, se trouvaient ainsi concernées la justice de paix et les tribunaux consulaires. L'institution des juges de paix avait vocation à insuffler une certaine dose de compétence non contentieuse au sein du système judiciaire. S'inspirant des « *faiseurs de paix* » hollandais et de la « *justice of the peace* » britannique, les Constituants souhaitaient établir une justice de paix « à

³⁸⁷ Chapitre V du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 et titre VIII de la Constitution du 5 fructidor an III.

³⁸⁸ La notion utilisée dans les Constitutions du 24 juin 1793 (articles 85 à 95) et du 5 fructidor an III (articles 210 à 221), couvrait non seulement les juridictions civiles *stricto sensu*, mais également la justice de paix et les tribunaux consulaires.

la française »³⁸⁹, exerçant à la fois des fonctions de jugement et de conciliation pour les petits litiges. Or, conscients que de tels juges seraient amenés à connaître essentiellement en équité³⁹⁰ des affaires qui leurs seraient soumises, et qu'il existait un risque de retour aux juridictions seigneuriales d'Ancien Régime³⁹¹, certaines limites furent établies. Sous la Révolution, à défaut d'être exclus du bénéfice de l'inamovibilité, ces juges étaient élus pour une durée dont la brièveté, un ou deux ans³⁹², rendait bien illusoire cette garantie. La Constitution du 22 frimaire an VIII est venue confirmer la pensée révolutionnaire. Si elle prévoyait désormais un mandat de trois ans³⁹³, elle écartait néanmoins formellement les juges de paix du bénéfice de l'inamovibilité : « *Les juges, autres que les juges de paix, conservent leurs fonctions toutes leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture...* »³⁹⁴. Sur ce point, les Chartes de la Restauration et de la Monarchie de juillet, se voulurent sans ambiguïté, en disposant : « *Les juges de paix quoique nommés par le roi, ne sont point inamovibles* ». Ce régime va perdurer jusqu'au début du XXe siècle, la doctrine considérant cette possibilité de révocation des juges de paix par l'autorité de nomination : « *indispensable à l'égard de magistrats qui n'ont à justifier ni d'un stage, ni d'un diplôme et qui exécutent comme officiers de police judiciaire les ordres du pouvoir exécutif* »³⁹⁵. Le Professeur Jacquelin s'était voulu en ce sens, beaucoup plus explicite : « *...le juge de paix, étant le seul magistrat de l'ordre judiciaire pouvant juger en équité sans être astreint à juger en droit, eut été omnipotent, et s'il avait été inamovible, il lui eut été facile d'abuser de ce pouvoir...Ce pouvoir de statuer exclusivement en équité conduisait donc à légitimer le principe de l'amovibilité, qui inspire une crainte salutaire au juge de paix et l'invite à respecter la loi* »³⁹⁶. Les propositions visant à accorder à ces juges le bénéfice de cette garantie, devaient venir se briser sur cette argumentation, que ce

³⁸⁹ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, op. cit., pp. 284-285.

³⁹⁰ *Les justices de paix (1790-1958)*, in *Juges et justice de proximité (1980-2006)*, Chronologie, www.vie-publique.fr.

³⁹¹ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 286.

³⁹² Un an (article 95 de la Constitution de l'an I), et deux ans (loi des 16 et 24 août 1790 et article 212 de la Constitution de l'an III).

³⁹³ Article 60 alinéa 1^{er}.

³⁹⁴ Article 68.

³⁹⁵ E. Garsonnet, *Traité théorique...*, vol. I, op. cit., p. 207.

³⁹⁶ R. Jacquelin, *Répétitions écrites...*, op. cit., p. 37.

soit en 1848³⁹⁷ ou en 1904³⁹⁸. La loi du 12 juillet 1905 devait apporter une garantie disciplinaire aux juges de paix, en prévoyant dans son article 21 que : « *Les juges de paix ne pourront être révoqués, ni diminués de classe que sur l'avis d'une commission nommée par le garde des sceaux et composée du procureur général à la Cour de cassation, de trois conseillers à la Cour de cassation et de trois directeurs au Ministère de la justice et après avoir été entendus s'ils le demandent* ». En revanche, le ministre de la justice conservait le droit de changer de poste les juges de paix, sous réserve que cela n'entraîne pas de diminution de classe. Selon le Professeur Jacquelin, cette évolution se serait trouvée justifiée *a posteriori*, avec l'intervention de la loi du 22 décembre 1915. Effectivement, cette dernière étendit la faculté de recours en cassation contre les jugements de paix, aux hypothèses de violation de la loi. Les juges de paix se trouvaient dès lors soumis à un contrôle supérieur. Cependant, Il fallut attendre la Constitution du 27 octobre 1946, pour qu'ils se voient accorder le bénéfice de l'inamovibilité³⁹⁹, jusqu'à la suppression de l'institution par l'ordonnance du 22 décembre 1958.

147. L'institution des tribunaux consulaires, même si elle avait trait à l'exercice de fonctions purement contentieuses, se distinguait en revanche, par la spécificité du contentieux commercial. En effet, lors des travaux préparatoires de la loi des 16 et 24 août 1790, celui-ci fut le premier contentieux pour lequel les Constituants admirent qu'une gestion dérogatoire au principe de l'unité juridictionnelle, pouvait être nécessaire. Tel était initialement le sens de la question posée par Barrère de Vieuzac, le 31 mars 1790 : « *Les mêmes juges connaissent-ils de toutes les matières ou divisera-t-on les différents pouvoirs de juridiction pour les causes de commerce, de l'administration, des impôts et de la police ?* »⁴⁰⁰. D'une part, le traitement des affaires commerciales requérait des « *formes plus rapides* » que pour la justice ordinaire, supposait des « *connaissances spéciales* »⁴⁰¹, et nécessitait une application souple du droit. D'autre part, les intérêts de l'Etat se trouvaient nécessairement impliqués dans ce contentieux, même de manière indirecte, en raison de son action économique. D'ailleurs, l'institution d'un parquet

³⁹⁷ Proposition de Camille Béranger, Assemblée nationale, séance du 17 octobre 1848, *Moniteur*, 18 octobre 1848, p. 2882. Cité in C. Carisch, *op. cit.*, p. 45.

³⁹⁸ Proposition d'Audigier, Chambre des députés, Séance du 9 février 1904, *JO*, 10 février 1904, p. 311.

³⁹⁹ G. Fau, *Les juges de paix sont inamovibles*, Le Pouvoir judiciaire, avril 1947. Cité in G. de La Rocca, *Le Conseil supérieur de la magistrature (Constitution de la République française : loi du 27 octobre 1946)*, L'auteur, Paris, 1948, p. 162.

⁴⁰⁰ Cité par J. Chevallier, *Du principe de séparation au principe de dualité*, RFDA, 6 (5), septembre-octobre 1990, p. 718.

⁴⁰¹ E. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, RDP, 1902, p. 238.

auprès des tribunaux de commerce fut, pour ce motif, envisagée à plusieurs reprises depuis 1789⁴⁰². Au regard de ces raisons, et en réponse à l'interrogation de Barrère de Vieuzac, les Constituants optèrent, à l'occasion de la séance du 27 mai 1790, pour la création de tribunaux particuliers chargés de connaître des litiges commerciaux, et portant le nom de « *tribunaux de commerce* ». Ce choix était apparu d'autant plus aisé que la juridiction consulaire bénéficiait d'une certaine légitimité historique, avec son institution dès l'édit royal de novembre 1563, sous l'impulsion du chancelier Michel de l'Hospital⁴⁰³. Mais à la différence des tribunaux et cours d'Ancien Régime, ses membres présentaient une triple qualité pour les révolutionnaires : « *ils ne faisaient point métier de juger* »⁴⁰⁴, ils étaient désignés suivant un mode électif, et surtout, ils étaient amovibles⁴⁰⁵. De manière assez paradoxale, il faut bien admettre que les juges des tribunaux de commerce n'ont pas été formellement exclus du bénéfice de l'inamovibilité, prévue par les Constitutions du 3 septembre 1791 et du 5 fructidor an III. Mais encore une fois, il convient de rappeler que les révolutionnaires assimilaient l'inamovibilité aux fonctions viagères. Or, les juges consulaires étaient bien élus à temps. La Constitution du Consulat va implicitement confirmer la pensée révolutionnaire, en reconnaissant le bénéfice de l'inamovibilité aux seuls juges désignés à vie. L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire se voulut plus explicite, en précisant dans son article 51 : « *L'Empereur nomme tous les juges. Ils sont inamovibles et à vie dès l'instant de leur nomination, sauf la nomination des juges de paix et des juges de commerce, qui aura lieu comme par le passé* ». De la même façon, en prévoyant que « *Les juges nommés par le roi sont inamovibles* », les Chartes de la Restauration et de la Monarchie de Juillet, écartaient automatiquement les juges consulaires. Enfin, la Constitution de la Seconde République excluait pour sa part ces derniers, en énumérant précisément les catégories de juges inamovibles. De cette façon, les juges consulaires étaient toujours exclus du bénéfice de cette garantie, lors de l'avènement de la V^{ème} République.

148. Concernant la « *Justice pénale* », celle-ci se distinguait non seulement des « *tribunaux ordinaires* » en raison de sa spécialité, mais également de la « *Justice civile* », dans la mesure où elle met aux prises la société sinon l'Etat à des comportements illicites. Effectivement, le contentieux pénal se rapporte au droit

⁴⁰² M. Armand-Prevost, *Fonctionnement et enjeux des tribunaux de commerce au cours des XIXe et XXe siècles*, in AFHJ : *Les tribunaux de commerce. Genèse et enjeux d'une institution*, La documentation française, Actes du colloque de Bordeaux des 14 et 15 décembre 2001, La documentation française, collection Histoire de la justice, Paris, n° 17, 2007, p. 138-139.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 129.

⁴⁰⁴ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 294.

⁴⁰⁵ M. Armand-Prevost, *op. cit.*, p. 129.

pénal, c'est à dire à « *la branche du droit positif ayant pour objet l'étude de la répression par l'Etat des comportements de nature à créer un trouble intolérable pour l'ordre social* »⁴⁰⁶. Cependant, ce « *contentieux public* » concerne également « *la vie et la souffrance des hommes* ». En ce sens, lorsqu'il fut question, en 1790, d'une éventuelle extension de l'institution du jury criminel au domaine civil, plusieurs députés mirent en exergue la promiscuité qui existait entre les deux contentieux. L'Abbé Sieyès le premier, considérait qu'il n'était « *pas possible, de séparer le plan civil du domaine pénal* », en raison de l'identité de nature entre ces deux causes. De même, le Député Barnave interrogeait avec éloquence : « *Quelle est la différence entre les affaires civiles et les affaires criminelles ? Dans les unes il s'agit de la vie ou de la souffrance des hommes, dans les autres ou de leur fortune ou de leur honneur* »⁴⁰⁷. En conséquence, ce contentieux hybride, mi-public, mi-privé, était susceptible d'être aussi bien rattaché que détaché de l'ordre judiciaire. Si les Constituants optèrent aisément pour la première solution, au nom du principe d'unité juridictionnelle, ce rattachement supposait la mise en place d'un régime juridictionnel adéquat, conciliant la nécessité d'une forte implication de l'Etat sinon de la société, avec une importante garantie d'indépendance des magistrats connaissant de ces litiges.

La solution semble-t-il retenue, fut celle consistant à reconnaître le bénéfice de l'inamovibilité au juge répressif, en s'assurant de l'effectivité du syllogisme judiciaire, au moyen de la mise en place d'une division rationnelle de la fonction juridictionnelle au sein des juridictions répressives. Ainsi, pendant la période révolutionnaire, la loi du 7 février 1791 promulguée le 16 septembre 1791, réalisa une minutieuse dichotomie des compétences en matière criminelle. A l'échelon du canton, une instruction préparatoire était assurée sous la conduite du juge de paix, élu pour deux ans et théoriquement inamovible. Puis, il s'ensuivait au niveau du district, en présence d'un juge de district élu pour six ans à titre inamovible, une procédure dite de mise en accusation, devant un jury de huit membres tirés au sort sur une liste de deux cents citoyens dressée par les autorités départementales. Enfin, le jugement était rendu au niveau du département, toujours en présence d'un juge élu et inamovible, devant un tribunal criminel comprenant un jury de jugement. Ainsi, la mise en œuvre du syllogisme judiciaire se trouvait fondée verticalement sur une

⁴⁰⁶ B. Bouloc et H. Matsopoulo, *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey, Intégral concours, Paris, 16^e éd., 2006, p. 1.

⁴⁰⁷ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 305. Le professeur Royer cite également Robespierre, déclarant : « *Tous les opinans adoptent l'établissement des jurés au criminel. Eh ! Quelle différence peut-on trouver entre les deux parties distinctes de notre procédure ? Dans l'une il s'agit de l'honneur et de la vie ; dans l'autre de l'honneur et de la fortune. Si l'ordre judiciaire au criminel sans jurés est insuffisant pour garantir ma vie et mon honneur, il l'est également au civil, et je réclame les jurés pour mon honneur et pour ma fortune* ».

séparation entre les phases d’instruction, d’accusation et de jugement, et horizontalement sur une distinction du fait⁴⁰⁸ et du droit⁴⁰⁹. Cette division trouvait son prolongement au niveau du ministère public, avec une distinction entre les fonctions de « *commissaire du Roi* », chargé « *de requérir l’observation des lois dans les jugements à rendre, et de faire exécuter les jugements rendus* »⁴¹⁰, et les fonctions d’ « accusateur public »⁴¹¹. Alors que le premier était nommé à vie par le roi, et en conséquence inamovible, le second était élu par le peuple et ne bénéficiait pas de cette dernière garantie. A partir du Consulat et de l’Empire, cette situation fut fortement simplifiée, sans que ne soit remis en cause le rattachement du contentieux pénal à l’ordre judiciaire.

En application de la Constitution du 22 frimaire an VIII et la loi du 7 pluviôse an IX⁴¹², le ministère public fut érigé en véritable représentant du gouvernement, avec le transfert de la compétence de l’accusateur public au commissaire du gouvernement, et la soumission de celui-ci à l’autorité hiérarchique du Pouvoir exécutif⁴¹³. En outre, avec le code d’instruction criminelle de 1808, la phase d’instruction préparatoire fut confiée, en vertu du principe de la séparation des fonctions d’instruction et de poursuite, à un magistrat du siège, le juge d’instruction. Enfin, alors que la Constitution de l’an VIII avait maintenu le jury d’accusation, celui-ci fut supprimé par le code d’instruction criminelle. Pour autant, l’idée d’un syllogisme judiciaire n’a pas entièrement disparue. Une séparation verticale entre le fait et le droit a été maintenue, de même qu’une séparation horizontale entre les phases d’instruction et de jugement. Par ailleurs, ce recul dans l’application de la théorie syllogistique, a été compensé par une évolution du statut des membres du parquet. Effectivement, l’article 34 de la Constitution du 5 fructidor an III, avait déjà privé les commissaires du Gouvernement, devenus « *commissaires du Pouvoir exécutif* », du bénéfice de l’inamovibilité. Avec l’avènement du Consulat, caractérisé par l’unification du ministère public, l’ensemble de ses membres devenaient amovibles. Le renforcement de l’indépendance fonctionnelle de la justice pénale,

⁴⁰⁸ Article 9 alinéas 2 et 4 du chapitre V de la Constitution du 3 septembre 1791.

⁴⁰⁹ Article 9 alinéa 5 du chapitre V de la Constitution du 3 septembre 1791.

⁴¹⁰ Article 25 du chapitre V de la Constitution du 3 septembre 1791.

⁴¹¹ Article 2 du chapitre V de la Constitution du 3 septembre 1791.

⁴¹² Loi du 27 janvier 1801.

⁴¹³ L’article 234 de la Constitution de l’an III était déjà revenu sur celle du 3 septembre 1791, en prévoyant que le commissaire du pouvoir exécutif était « *nommé et destituable par le directoire exécutif* ». En revanche, la distinction entre les fonctions de commissaire et d’accusateur public, était demeurée en vigueur.

était en conséquence rendu apparent par l'accroissement de sa dépendance organique vis-à-vis du pouvoir politique.

2°) L'inamovibilité dans l'ordre colonial, subordonnée à la normalisation du contentieux

149. Dans les premiers temps de l'expansion coloniale française, le bénéfice de l'inamovibilité avait pu être attribué aux juges de certains territoires, comme ceux de l'île de La Réunion (ordonnance du 13 novembre 1816) ou des Antilles (ordonnance du 22 novembre 1819). Cependant, le système colonial se trouvait caractérisé par une absence de séparation entre les autorités administratives et judiciaires⁴¹⁴. Dans ces conditions, les juridictions judiciaires étaient susceptibles de connaître aussi bien du contentieux administratif que du contentieux privé, et pouvaient également être amenées à exercer certaines attributions relevant de l'administration active. En conséquence, les ordonnances des 30 septembre 1827 et 24 septembre 1828 sont revenues sur l'état du droit initial. Après avoir été initialement régies par des textes spécifiques⁴¹⁵, les différentes colonies furent soumises à partir de la Monarchie de juillet, à l'ordonnance du 28 juillet 1841. En vertu de ce texte, les magistrats étaient nommés par ordonnance du roi, sur rapport des ministres de la justice et de la marine. En application du principe du parallélisme des formes, les sanctions disciplinaires résultaient d'une ordonnance royale, avec l'accord des deux ministres. Le décret du 1^{er} décembre 1858 se substituant à l'ordonnance de 1841, devait modifier le rattachement des magistrats, en disposant que ceux-ci se trouvaient désormais : « *considérés comme détachés du ministère de la justice pour un service public et placés sous l'autorité du ministre de l'Algérie et des colonies* »⁴¹⁶.

150. Dans ce contexte, le débat sur la reconnaissance de l'inamovibilité aux magistrats de colonies, a connu une première ouverture dans les débuts de la III^{ème} République, s'agissant de l'Algérie. Cette dernière avait été organisée en départements sous la Seconde République, un ministère de l'Algérie et des Colonies avait été créé sous le Second Empire, et ce territoire avait été rattaché au ministère de

⁴¹⁴ J.-P. Royer, *Portrait du juriste colonial : magistrats et administrateurs dans l'Afrique du XIXe siècle*, Revue française d'administration publique, n° 42, 1987, p. 93.

⁴¹⁵ Réunion et Antilles (ordonnances de 1816 et 1819) ; Guyane (ordonnance du 21 décembre 1828) ; Saint-Pierre et Miquelon (26 juillet 1833) ; Inde (7 février 1842) ; Sénégal (9 août 1854) ; Nouvelle-Calédonie (28 novembre 1866) ; Diégo-Suarez (22 août 1887) ; Sainte-Marie-de-Madagascar (29 octobre 1887) ; et Cochinchine (17 juin 1889). Cités in C. Carish, *op. cit.*, p. 51.

⁴¹⁶ Un décret du 28 juillet 1858 relatif à la magistrature algérienne, avait déjà eu recours à cette formule. Cité in Y. Jouhaud, *A propos du statut de la magistrature d'outre-mer*, Recueil Penant, août-septembre 1958, p. 131.

l'intérieur au lendemain de l'avènement de la III^{ème} République. D'un point de vue institutionnel et juridique, l'Algérie semblait en voie de normalisation. C'est pourquoi, un alignement du statut des magistrats de ce territoire sur celui de la métropole, pouvait être raisonnablement espéré. Ainsi, dans son discours de rentrée prononcée à la cour d'appel d'Alger, en 1874, l'Avocat général Fau déclarait : « *La magistrature algérienne n'a plus à envier à la magistrature de la métropole qu'une dernière garantie : l'inamovibilité, consécration suprême de son institution* »⁴¹⁷. L'adoption de la loi du 30 août 1883 vint à cet égard, cristalliser cet espoir. Ce texte réaffirmait l'inamovibilité des magistrats du siège, dans ses articles 13,14 et 15. Or, plusieurs motifs étaient de nature à laisser penser que ces dispositions étaient également applicables en Algérie. En premier lieu, la loi s'exprimait de manière générale, et les tableaux figurant en annexe de celle-ci mentionnaient la cour d'appel d'Alger après celle de Paris. En second lieu, alors qu'il défendait en séance un amendement visant à augmenter l'indemnité coloniale des magistrats, le Député Letellier avait explicitement interprété le projet de loi comme accordant le bénéfice de l'inamovibilité aux juges algériens⁴¹⁸. Pourtant ni le gouvernement, ni le rapporteur, ni aucun autre parlementaire n'était venu le contredire. En troisième lieu, il semble que la chancellerie elle-même ait été fermement convaincue de l'application des articles 13, 14 et 15 de la loi de 1883 aux magistrats d'Algérie⁴¹⁹, au point de n'avoir déplacé aucun juge colonial sans son consentement, dans les premières années suivant l'entrée en vigueur de la loi⁴²⁰. Enfin, lors de l'audience solennelle de la cour d'appel d'Alger, le 9 avril 1885, le Procureur général Pompéi devait déclarer avec assurance : « *Pour compléter l'assimilation de la magistrature algérienne à celle de la métropole, une dernière consécration nous manquait : celle de l'inamovibilité... Cette garantie, dont la magistrature algérienne s'est montrée si complètement digne, lui a été donnée par la loi du 30 août 1883* »⁴²¹.

⁴¹⁷ J. Charmont, *L'inamovibilité de la magistrature d'Algérie devant la Cour de cassation*, Revue algérienne et tunisienne, n° 1, 1885, pp. 224-225.

⁴¹⁸ « *La loi que vous allez voter, et dont nous avons demandé l'application en Algérie, offre bien, je le sais, de garanties nouvelles et précieuses pour nos magistrats algériens. Elle les place exactement dans la situation des magistrats métropolitains, et ainsi cessera une choquante anomalie. Les juges algériens ne pourront être déplacés que sur l'avis conforme du Conseil supérieur. Mais si ces avantages de l'organisation nouvelle sont certains et importants, vous ne pouvez cependant priver les membres de la Cour d'Alger et des tribunaux de nos trois départements des majorations de traitement qui leur ont été de tout temps accordées* » (Chambre des députés, séance du 29 mai 1883, JO, 1883, p. 1114. Cité in J. Charmont, *op. cit.*, p. 230.

⁴¹⁹ B. Durand, *Un dogme soumis « à la force des choses » : l'inamovibilité des magistrats d'outre-mer*, Revue historique du droit, 82 (2) avril-juin 2004, p. 252.

⁴²⁰ J. Charmont, *op. cit.*, p. 221.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 221.

Afin de recueillir une certitude, le garde des Sceaux prit la décision de consulter la Cour de cassation, malgré l'absence de compétence formelle de celle-ci. Dans un avis rendu toutes chambres réunies, le 30 avril 1885⁴²², la Haute juridiction devait néanmoins se prononcer dans le sens de la non application de ces dispositions au territoire algérien. Pour ce faire, elle a eu recours à un raisonnement en quatre temps. Premièrement, elle soulignait que jusqu'en 1883, le régime en vigueur avait été celui de l'amovibilité des magistrats du siège. Deuxièmement, elle a constaté qu'au moment de l'examen du projet de loi, aucun texte ni aucune discussion n'avait porté explicitement sur la reconnaissance du bénéfice de cette garantie aux juges algériens. Troisièmement, la Cour de cassation a estimé que les articles 13, 14 et 15 devaient être interprétés en relation avec la disposition prévoyant la suspension pour trois mois de l'inamovibilité de la magistrature. Conçue comme une exception à la réaffirmation de ce dernier principe, cette disposition ne pouvait légitimer la reconnaissance *a contrario* de l'inamovibilité des magistrats algériens, sauf à admettre qu'elle ait pu s'appliquer à des juges déjà amovibles. Quatrièmement, la Haute juridiction considérait que l'importance du principe concerné et de ses conséquences sur l'administration de la justice en Algérie, rendait préférable une consécration expresse de l'inamovibilité, dépourvue de toute ambiguïté de l'inamovibilité, au recours palliatif à une simple interprétation jurisprudentielle⁴²³. A son tour amené à connaître de cette question, à l'occasion de l'examen de la requête d'un magistrat transféré de Oran à Alger, et invoquant le bénéfice de l'inamovibilité, le Conseil d'Etat devait statuer dans le même sens dans un arrêt « *Bariat* » du 23 juin 1893⁴²⁴. Dans ses conclusions, le Commissaire du gouvernement Le Vavas seur de Précourt devait notamment relever que la situation spécifique de l'Algérie avait jusqu'alors fait obstacle à l'extension de l'inamovibilité sur son territoire, et que, en 1870 encore, des propositions formulées en ce sens par la commission compétente avaient été rejetées. Il concluait enfin en indiquant que rendre les magistrats inamovibles était une : « *grave question d'organisation judiciaire, qui ne peut être résolue que par l'accord des pouvoirs publics...que par le texte précis d'une loi nouvelle* ».

151. Afin d'atténuer la vigueur de ces solutions, le Président de la République devait, avec l'accord des ministres de la justice et des colonies, prendre la « *décision du 19 avril 1898* » instituant une « *commission administrative* » chargée de donner un avis sur les mesures de discipline à l'égard « *des membres de l'ordre*

⁴²² Cité in note sous C.Cass., arrêts des 23 juin 1886, 7 et 23 mars 1887, S. 1887.1.265 et P. 1887.1.633.

⁴²³ J. Charmont, *op. cit.*, pp. 221-222.

⁴²⁴ Recueil général des lois et des arrêts, 1895.3.33.

judiciaire aux colonies ». Composée de deux conseillers à la Cour de cassation, de deux conseillers à la cour d'appel de Paris et d'un avocat général près cette dernière, la compétence de cette commission s'étendait à tous les magistrats, sans que ses avis ne lient les ministres⁴²⁵. Un projet de loi déposé conjointement par les ministres de la justice et de la France d'outre-mer, et accordant l'inamovibilité aux magistrats, fut adopté par le Sénat en 1911. Mais l'examen de celui-ci ayant été abandonné pendant la Première Guerre mondiale, un nouveau texte fut déposé en 1919 et repris en 1920, sans toutefois aboutir⁴²⁶. Une loi du 26 décembre 1921 devait finalement étendre aux magistrats du ressort de la cour d'appel d'Alger, « *les règles applicables aux magistrats de la métropole en ce qui concerne la discipline, le déplacement et la mise à la retraite d'office* »⁴²⁷. Les magistrats du siège en poste en Algérie, accédaient ainsi à l'inamovibilité trente-cinq ans après avoir pensé l'obtenir.

En revanche, s'agissant des magistrats des autres colonies, il fallut attendre le décret du 22 août 1928 pour voir améliorer sensiblement leur situation. La juridiction d'appel était compétente pour prononcer les peines les moins fortes, n'impliquant aucun déplacement : censure simple, censure avec réprimande et suspension temporaire. Le gouverneur pouvait inviter un magistrat à regagner la métropole pour répondre de ses actes, et suspendre celui-ci provisoirement. A la compétence des cours se superposait celle des ministres de la justice et des colonies qui, sur avis conforme d'une « *commission permanente de discipline* » composée de quatre conseillers à la Cour de cassation et d'un avocat général auprès de cette dernière, pouvaient prononcer, outre les peines susvisées⁴²⁸, la suspension définitive et la révocation⁴²⁹. Cependant, Pierre Dareste, tout en soulignant que ces « *dispositions combinées confèrent en pratique, aux magistrats coloniaux une situation voisine de l'inamovibilité* », relativisait son propos en relevant que « *le caractère amovible de leurs fonctions, posé en principe par les anciens textes, n'a jamais fait l'objet d'un texte abrogatif* »⁴³⁰.

L'article 84 *in fine* de la Constitution du 27 octobre 1946 devait finalement reconnaître le bénéfice de l'inamovibilité aux magistrats des colonies. Cependant, un

⁴²⁵ Y. Jouhaud, *op. cit.*, pp. 143-144.

⁴²⁶ *Ibid.*, pp. 132.

⁴²⁷ *Ibid.*, pp. 134.

⁴²⁸ Par arrêté concerté des deux ministres, R. Bourdin, *op. cit.*, p. 173.

⁴²⁹ Par décret sur proposition des deux ministres, R. Bourdin, *op. cit.*, p. 173.

⁴³⁰ P. Dareste, *Traité de droit colonial*, t. 1, Imprimerie du Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniales, Paris, 1931, pp. 399-400.

doute demeurait sur sa pleine application, notamment par rapport à la possibilité de déplacer les magistrats du siège. Une première circulaire du Conseil supérieur de la magistrature, en date du 3 octobre 1950, fut ainsi nécessaire pour recommander aux présidents de cour d'appel, de n'affecter qu'exceptionnellement ceux-ci en dehors du poste dont ils étaient titulaires. Elle fut complétée par une circulaire du 22 novembre de la même année, précisant que la Constitution avait implicitement supprimé les attributions du chef des services judiciaires, à l'égard des magistrats du siège, lesquelles revenaient au Conseil. Le décret du 19 décembre 1957 fut adopté afin de clore le débat. En vertu de celui-ci, les magistrats du siège semblaient ne plus devoir être affectés d'office d'une juridiction à une autre⁴³¹. Pourtant, des doutes subsistaient quant à l'interprétation de certaines dispositions de ce texte. En définitive, la question a été tranchée le 3 mars 1961 par le Conseil d'Etat, dans un arrêt « *Sieurs Roux et autres* »⁴³². Trois ans après l'avènement de la V^{ème} République, l'inamovibilité des magistrats d'outre-mer était pleinement reconnue. Mais à cette époque, le processus de décolonisation était déjà en marche depuis quinze ans.

B. Un bénéfice de l'inamovibilité refusé en dehors de l'ordre judiciaire

152. En dépit du souci initial exprimé par l'Assemblée nationale constituante, de mettre en place un ordre juridictionnel unique, les pouvoirs publics ont finalement dissocié les contentieux administratif et d'exception. En conséquence, le bénéfice de l'inamovibilité a été refusé aux juges relevant des juridictions administratives (1^o) et d'exception (2^o).

1^o) L'absence d'inamovibilité au sein des juridictions administratives

153. Le refus historique de reconnaître le bénéfice de l'inamovibilité aux juges administratifs, trouve sa raison d'être dans les motifs qui ont conduit à exclure le contentieux administratif de la compétence judiciaire, lors de l'examen de la loi des 16 et 24 août 1790. En effet, soucieux de prévenir une immixtion arbitraire des tribunaux judiciaires dans l'action administrative, comme cela avait été le cas sous l'Ancien Régime⁴³³, les Constituants s'accordèrent sur la nécessité de séparer les

⁴³¹ G. Masson, *op. cit.*, p. 288.

⁴³² CE, arrêt du 3 mars 1961, « *Sieurs Roux et autres* », Rec. pp. 155-156.

⁴³³ Thouret, intervenant au nom du Comité de la Constitution, lors de la séance du 24 mars 1790, déclarait : « *Un des abus qui ont dénaturé le pouvoir judiciaire en France est la confusion des fonctions qui leur sont propres avec les fonctions incompatibles des autres pouvoirs publics. Rival du*

deux sphères, au terme d'une formule⁴³⁴ bientôt inscrite à l'article 13 de la loi : « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ». Cependant, cette affirmation n'était pas en elle-même de nature à faire obstacle à la compétence des tribunaux judiciaires pour connaître des litiges administratifs. Non seulement « *juger* » relevait de leur sphère de compétence en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, mais en outre l'application de la théorie syllogistique, était de nature à garantir tout empiètement sur l'administration active. Néanmoins, l'interrogation formulée par Barrère de Vieuzac le 31 mars 1790, devait faire buter la reconnaissance de la compétence judiciaire, sur la spécificité du contentieux administratif. Dans son manuel de droit administratif, le Professeur Ducrocq relevait au moins deux caractéristiques rendant ce contentieux impropre à être connu du juge judiciaire : d'une part, « *les procès administratifs ont un caractère d'urgence demandant des formes plus brèves* » ; et, d'autre part, « *ils exigent des connaissances spéciales* »⁴³⁵. Ces deux premiers motifs n'étaient pas sans rappeler ceux ayant justifié l'attribution, le 27 mai 1790, du règlement des litiges commerciaux à des professionnels de ce secteur. C'est en ce sens que semble notamment avoir opiné le Député Pezon, dans une opinion sur l'organisation judiciaire annexée à la séance du 9 août 1790 au cours de laquelle fut discuté le projet du comité de Constitution, en déclarant : « *Les administrateurs sont sans doute plus propres que les juges à décider des différends avec ce dégagement d'appareil de chicane* »⁴³⁶.

154. Dans ces conditions, les Constituants optèrent pour une solution mixte, reposant sur un partage du contentieux administratif entre les juges de district et les directoires de district et de département. Les premiers, rattachés à l'ordre judiciaire, étaient en principe inamovibles. Il en allait en revanche autrement pour les membres des seconds. Le directoire était l'organe exécutif du district ou du département, et était composé de membres élus par les assemblées locales, auxquels l'inamovibilité n'était pas reconnue. L'essentiel du contentieux administratif ayant été confié aux

pouvoir administratif, le pouvoir judiciaire en troublait les opérations, en arrêtait le mouvement, en inquiétait les agents... ». Cité in J. Laferrière, *op. cit.*, p. 51.

⁴³⁴ La première formule proposée, à l'occasion de la séance du 24 mars 1790, était la suivante : « *Le pouvoir judiciaire étant distinct et devant être séparé du pouvoir d'administrer, les cours de justice ne pourront prendre aucune part aux choses de l'administration, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant elles les administrateurs pour raison de leurs fonctions à peine de forfaiture* ». Cité in J. Laferrière, *op. cit.*, p. 51.

⁴³⁵ T. Ducrocq, *Droit administratif*, t. 1, Ernest Thorin Editeur, Paris, 1877, p. 226.

⁴³⁶ J. Laferrière, *op. cit.*, p. 59.

directoires, la loi des 16 et 24 août devait ainsi initier le système de l'administrateur juge, qui va se maintenir jusqu'au fameux arrêt « *Cadot* » de 1889. La loi du 28 pluviôse an VIII va compléter cette première institution, par celles des conseils de préfecture. Ces juridictions, installées dans chaque département, et disposant d'une compétence d'attribution, étaient présidées par le préfet et composées de cinq conseillers. Avec le décret-loi du 6 septembre 1926, les conseils de préfecture vont être remplacés par des conseils de préfecture interdépartementaux, dont la présidence ne sera plus confiée aux préfets. Enfin, ces conseils vont être supprimés en 1953, par plusieurs décrets attribuant aux tribunaux administratifs, une compétence de droit commun pour connaître du contentieux administratif. Or, de l'an VIII à 1958, le bénéfice de l'inamovibilité n'a jamais étendu aux membres de ces juridictions⁴³⁷.

155. Mais il convient plus particulièrement de s'interroger sur la situation des membres du Conseil d'Etat. En effet, force est de souligner une déconnexion entre le régime formellement applicable à ceux-ci, et la juridictionnalisation croissante de cette institution. Entre l'établissement du Consulat et l'avènement de la V^{ème} République, leur régime va essentiellement suivre celui des conseillers en service ordinaire, exerçant au sein des deux formations, consultative et juridictionnelle, du Conseil d'Etat. Plus encore, celui-ci est apparu essentiellement tributaire des contingences politiques, résultant soit des changements de régimes politiques, soit des rapports de force entre les Pouvoirs exécutif et législatif.

Sous la Constitution du 22 frimaire an VIII, le principe était celui de l'amovibilité des Conseillers d'Etat, l'article 41 prévoyant que : « *Le premier consul...nomme et révoque à volonté les membres du Conseil d'Etat* ». Cette instabilité se trouvait appuyée par une disposition similaire à celle applicable aux juges, suivant laquelle : « *Le Gouvernement ne peut élire ou conserver pour conseillers d'Etat,...que des citoyens dont les noms se trouvent inscrits sur la liste nationale* » (art. 58). Or parallèlement, étaient renforcés les éléments administratif et politique au sein de l'institution. Ainsi, l'arrêté consulaire du 7 fructidor an VIII⁴³⁸ opérait une distinction entre les conseillers en service ordinaire et ceux en service extraordinaire, la seconde catégorie, introduite à cette occasion, correspondant à l'administration active. De même, le Sénatus-consulte du 16 thermidor an X prévoyait dans un article 68, l'intégration des ministres au Conseil d'Etat, avec voix délibérative. L'arrêté du 19 germinal an XI⁴³⁹ créait les auditeurs auprès « *des*

⁴³⁷ En 1962, Jean-Marie Auby et Roland Drago soulignaient encore que les membres des tribunaux administratifs, n'étaient pas inamovibles. Voir, J.-M. Auby, R. Drago, *Traité de contentieux...*, op. cit., 1^{ère} éd., 1962, p. 207.

⁴³⁸ 25 août 1800.

⁴³⁹ 9 avril 1803.

ministres et du Conseil d'Etat », ceux-ci étant conçus comme le point de jonction entre l'administration active et le Conseil. Enfin, le Sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII⁴⁴⁰ accordait le statut de membres de droit aux personnes faisant partie du Palais impérial, en l'occurrence les princes de la famille impériale et les grands dignitaires (art. 11). Les conseillers en service ordinaire devaient néanmoins voir leur statut quelque peu amélioré à l'occasion de l'établissement de l'Empire, le Sénatus-consulte organique précisant que : « *Lorsqu'un membre du Conseil d'Etat a été porté pendant cinq années sur la liste des membres du Conseil en service ordinaire, il reçoit un brevet de conseiller d'Etat à vie. - Lorsqu'il cesse d'être porté sur la liste du Conseil d'Etat en service ordinaire ou extraordinaire, il n'a droit qu'au tiers du traitement de conseiller d'Etat. - Il ne perd son titre et ses droits que par un jugement de la Haute Cour impériale, emportant peine afflictive ou infamante* » (art. 77). Ainsi, dans l'exercice de ses fonctions contentieuses, le Conseil d'Etat se trouvait composé d'une pluralité de catégories de conseillers aux statuts différents, mais qui avaient pour point commun leur instabilité. En ce sens, le Professeur Sautel notait que : « *Les conseillers d'Etat sont loin d'accomplir tous une carrière complète dans ces fonctions ; ils sortent parfois du Conseil aussi discrètement qu'ils y ont été appelés, par le jeu de la volonté consulaire ou impériale, sans que l'on doive en inférer nécessairement une véritable disgrâce, car on les retrouve dans d'autres postes* ».

Pendant la Restauration, malgré le maintien de l'institution⁴⁴¹, le régime applicable aux conseillers d'Etat, fut tributaire de la méfiance conservée par le Pouvoir royal à son égard⁴⁴². Les conseillers d'Etat étaient nommés par le roi et révocables à sa volonté, le Conseiller d'Etat Letourneur soulignant que cette nomination était valable seulement pour un an⁴⁴³. Avec l'apaisement de cette défiance, la situation des conseillers d'Etat en service ordinaire devait être améliorée par l'ordonnance du 26 août 1824, prévoyant qu'ils seraient désormais révoqués en vertu d'une ordonnance spéciale. Ce système allait se maintenir au-delà de la révolution de 1830, pendant toute la durée de la Monarchie de Juillet. Mais avec

⁴⁴⁰ 18 mai 1804.

⁴⁴¹ L'ordonnance du 23 août 1815 précise : « *Notre Conseil d'Etat continuera d'exercer les fonctions qui lui sont attribuées par les Constitutions de l'Empire et par nos décrets* ».

⁴⁴² Cela explique le refus de sa constitutionnalisation. Dans son *Traité de l'autorité judiciaire*, Henrion de Pansey soulignait à cet égard : « *Etabli par la Constitution, ce conseil aurait formé un pouvoir, et ce pouvoir hétérogène n'aurait pu qu gêner les mouvements du corps politique... Un Conseil d'Etat qui devrait son existence à la Constitution serait indépendant du prince, ce qui choquerait la prérogative royale* ». Cité in G. Sautel, *op. cit.*, pp. 400-401.

⁴⁴³ M. Letourneur, *Conseil d'Etat et juridictions administratives*, Armand Colin, Paris, 1955, p. 31 ;

l'avènement de la Seconde République, le Conseil d'Etat va cesser pour quelques années d'être considéré comme un organe consultatif, en se trouvant « *placé en quelque manière à la tête de l'administration* »⁴⁴⁴, avec pour fonction d'assurer la coordination entre les Pouvoirs exécutif et législatif. La situation de ses membres devait s'en ressentir, puisqu'il était désormais prévu que ceux-ci : « *sont nommés pour six ans par l'Assemblée nationale. Ils sont renouvelés par moitié, dans les deux premiers mois de chaque législature, au scrutin secret et à la majorité absolue – Ils sont indéfiniment rééligibles* » (art. 72). Et l'article 74 relatif à leur sortie de fonctions, disposait que : « *Les membres du Conseil d'Etat ne peuvent être révoqués que par l'Assemblée, et sur la proposition du Président de la République* ». Sous la République des dix ans, antichambre du Second Empire, le chef de l'Etat devait de nouveau retrouver une plénitude de compétence à l'égard des conseillers d'Etat, l'article 48 de la Constitution du 14 janvier 1852 précisant que : « *Les conseillers d'Etat sont nommés par le Président de la République, et révocables par lui* » (article 48). Cette disposition sera littéralement reprise à l'article 39 du Sénatus-consulte du 21 mai 1870 fixant la Constitution de l'Empire.

Sous la III^{ème} République, la loi du 24 mai 1872 instituant la justice déléguée prévoyait à son article 5 : « *Les conseillers d'Etat en service ordinaire sont élus par l'Assemblée nationale, en séance publique, au scrutin de liste et à la majorité absolue* »⁴⁴⁵. Concomitamment à l'affirmation constitutionnelle de la République, l'article 4 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics, devait régler la question pour la durée de la III^{ème} République, en disposant : « *Au fur et à mesure des vacances qui se produiront à partir de la promulgation de la présente loi, le Président de la République nomme, en Conseil des ministres, les conseillers d'Etat en service ordinaire. – Les conseillers d'Etat ainsi nommés ne pourront être révoqués que par décret rendu en Conseil des ministres. – Les conseillers d'Etat nommés en vertu de la loi du 24 mai 1872 ne pourront jusqu'à l'expiration de leurs pouvoirs, être révoqués que dans la forme déterminée par cette loi. – Après la séparation de l'Assemblée nationale, la révocation ne pourra être prononcée que par une résolution du Sénat* ». Cette compétence du chef de l'Etat était alors apparue comme la contrepartie du refus des assemblées de le reconnaître compétent pour la désignation des sénateurs inamovibles. Enfin au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'ordonnance du 31 juillet 1945 devait prévoir que les conseillers d'Etat ne pourraient être révoqués que par décret rendu en Conseil des ministres, sur proposition du garde des Sceaux.

⁴⁴⁴ G. Sautel, *op. cit.*, 1974, p. 404.

⁴⁴⁵ En revanche, les auditeurs étaient recrutés par voie de concours et les maîtres des requêtes nommés par le président de la République, in J.-P. Royer, *La justice en France...*, *op. cit.*, p. 595.

Les maîtres des requêtes et auditeurs pouvaient, pour leur part, uniquement être révoqués par décret pris après avis du vice-président délibérant avec les présidents de section, sur proposition du garde des sceaux. Ainsi, lors de l'avènement de la V^{ème} République, les membres du Conseil d'Etat n'étaient pas inamovibles en droit.

2°) Le refus de l'inamovibilité au sein des juridictions d'exception

156. Au lendemain de la chute de l'Ancien Régime, l'article 17 de la loi des 16 et 24 août 1790 proclamait solennellement, que : « *L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi* ». Pourtant, la France a vu se succéder dès les premières années de la Révolution, et pendant plus d'un siècle et demi, une multitude de juridictions d'exception. Ces dernières se sont distinguées par leur compétence exorbitante ou leur procédure sommaire, mais le plus souvent aussi, par leur composition. Alors même que ces juridictions étaient amenées à prononcer des peines privatives de liberté, leurs membres étaient rarement inamovibles.

157. Les premières juridictions d'exception créées sous la Révolution pour juger les civils, l'ont été suite à la proclamation de la Première République. Une semaine après la prise des Tuileries, un tribunal criminel⁴⁴⁶ était instauré par un décret du 17 août 1792. Ce dernier prévoyait effectivement la : « *formation d'un tribunal extraordinaire pour juger les crimes commis dans la journée du 10 août et autres crimes relatifs, circonstances et dépendances* ». Cette juridiction était composée de huit juges, élus pour la circonstance par l'Assemblée nationale, et de quinze jurés choisis parmi les sectionnaires. Quelques mois plus tard, le décret du 9 octobre 1792, complété par celui du 19 mars 1793, établissait les commissions militaires⁴⁴⁷. Celles-ci étaient compétentes à l'égard des personnes saisies en arme, et suspectées d'avoir participé « *à des émeutes contre-révolutionnaires* ». Elles étaient composées à cette fin de cinq militaires. Avec la Terreur, la Convention décréta le 9 mars 1793 : « *l'établissement d'un tribunal criminel sans appel et sans recours en cassation pour le jugement de tous les traîtres conspirateurs et contre-révolutionnaires* »⁴⁴⁸. L'entrée en fonctions de cette juridiction fut officialisée le 29 octobre suivant, sous l'appellation de « *Tribunal révolutionnaire* ». Son organe de jugement était composé de jurés nommés par la Convention, sur proposition des

⁴⁴⁶ Cette juridiction fut supprimée le 29 novembre 1792. Voir : J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, pp. 348-349.

⁴⁴⁷ www.justicemilitaire.free.fr.

⁴⁴⁸ Le décret est toutefois daté du 10 mars. Voir : J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, pp. 399-402.

Comités de sûreté et de salut public. Leurs travaux étaient en outre soumis au contrôle d'une commission de six députés, désignés par la Convention. La justice était alors devenue toute entière, révolutionnaire.

Avec l'avènement du Consulat, le temps des juridictions d'exception pouvait sembler définitivement révolu. Dans leur proclamation du 24 frimaire an VIII, les consuls avaient en effet déclaré : « *Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie* ». Pourtant, quelques semaines après l'attentat de la rue Saint-Nicaise, la loi du 18 pluviôse an IX créa les tribunaux criminels spéciaux⁴⁴⁹. Ces derniers étaient composés de trois magistrats appartenant aux tribunaux criminels « *ordinaires* », de trois militaires, et de deux civils désignés par le Premier consul. Cette loi fut mise en œuvre par un arrêté du 4 ventôse an IX, prévoyant la mise en place d'un tribunal dans vingt-sept départements. Trois ans plus tard, pour juger le Duc d'Angoulême, un arrêté du 20 mars 1804 établit une commission militaire composée de sept juges, appartenant exclusivement à l'armée⁴⁵⁰.

158. Après la chute de l'Empire, la mise en place de juridictions d'exception pour juger les civils, va revêtir un caractère plus exceptionnel. Elles seront essentiellement rétablies à l'occasion de certains changements de régime politique. C'est ainsi que la loi du 20 décembre 1815, adoptée sous la Seconde Restauration, devait reconstituer les cours prévôtales⁴⁵¹ de l'Ancien Régime. Alors que l'article 62 de la charte constitutionnelle, consacrait le droit au juge naturel, l'article suivant avait expressément prévu à cet effet, une exception pour les cours prévôtales. Ces dernières étaient établies dans chaque département, et étaient compétentes pour statuer sans recours sur les délits de vagabondage, faux monnayage, et assassinat par groupes armés. Elles étaient alors composées de quatre juges, choisis parmi les magistrats « *ordinaires* », et d'un prévôt militaire ayant au moins le grade de colonel, et chargé de l'instruction. Cependant, la présence majoritaire de magistrats ne doit pas tromper. En effet, si certains pouvaient être issus du siège, et bénéficier en conséquence de l'inamovibilité, leur choix reposait principalement sur un système de libre candidature.

⁴⁴⁹ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 473.

⁴⁵⁰ Elle était composée d'un général, de cinq colonels, et d'un major de gendarmerie. Voir : in *ibid.*, p. 477.

⁴⁵¹ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, pp. 207-208 ; J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, pp. 510-513.

Suite au coup d'Etat organisé par Louis-Napoléon Bonaparte, une simple circulaire du 3 février 1852 institua les « *commission mixtes* »⁴⁵². Celles-ci étaient chargées de juger les opposants au Prince-Président. A ce titre, elles étaient composées dans les départements, du préfet, du commandant militaire, et du procureur de la République. Dans les chefs-lieux des divisions militaires, elles comprenaient en revanche, le commandant de la division, le préfet, et le procureur général. Ainsi organisées, ces juridictions disposèrent de quatre semaines pour juger entre 15 000 et 25 000 personnes. De la même façon, au lendemain de la « *semaine sanglante* »⁴⁵³ qui marqua la fin de la Commune de Paris, une multitude de juridictions éphémères ont été établies, afin de juger les « *communards* ». Selon le Professeur Royer, celles-ci ont consisté en des cours martiales, des conseils de guerre, voire des cours prévôtales. Elles étaient en conséquence essentiellement composées de militaires.

159. La parenthèse formée par le Régime de Vichy, constitue la dernière période d'« épanouissement » des juridictions d'exception, précédant l'avènement de la V^{ème} République. La loi du 14 août 1941 créa ainsi les « *sections spéciales* »⁴⁵⁴. Celles-ci étaient exclusivement compétentes pour juger toutes les infractions pénales commises « *pour favoriser le communisme, l'anarchie, la subversion sociale ou nationale* ». En « *zone libre* », elles étaient établies auprès « *de chaque tribunal militaire ou de chaque tribunal maritime* », et étaient composées exclusivement de militaires. En « *zone occupée* », leur compétence était « *dévolue à une section de la cour d'appel* », et elles comprenaient alors des magistrats civils : un président de chambre, deux conseillers, et deux membres du tribunal de première instance. Par ailleurs, la loi du 7 septembre 1941 institua un « *Tribunal d'Etat* »⁴⁵⁵, chargé de juger les personnes suspectées d'avoir troublé « *l'ordre, la paix intérieure, la tranquillité publique, les relations internationales ou d'une manière générale... (nuire) au peuple français* ». Il était composé de deux sections, dont l'une siégeait à Paris, et l'autre à Lyon. Le tribunal comprenait douze juges. Sous réserve de son président, magistrat professionnel, il était essentiellement composé de militaires à la retraite, d'anciens ambassadeurs, et de préfets. Selon Joseph Barthélémy, alors garde des Sceaux,

⁴⁵² M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 208 ; J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, pp. 544-546.

⁴⁵³ 21-28 mai 1871.

⁴⁵⁴ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, pp. 827-830.

⁴⁵⁵ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 209 ; J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, pp. 833-836.

l'écrivain Gheusi, ancien directeur de l'Opéra-Comique aurait également demandé à y participer⁴⁵⁶.

SECTION 2 . Une garantie d'indépendance subordonnée par l'institution d'une administration judiciaire

160. Les premiers juges qui tiraient leur légitimité du peuple : « *furent aussitôt remplacés. Ils avaient jugé selon leur conscience. C'est le Club des jacobins qui fut alors le parquet et la conscience des nouveaux juges nommés par l'exécutif sous le nom de Tribunal révolutionnaire avant de mériter celui de Tribunal de sang. Napoléon poursuivit cette tradition en faisant de la magistrature une armée en robe. Rien n'y manquait, ni l'uniforme...ni la hiérarchie des grades, ni le système du bâton de maréchal dans la giberne propre à stimuler le zèle et la fidélité, l'avancement récompensant les bonnes notes...Les structures napoléoniennes ont subsisté jusqu'en 1993* »⁴⁵⁷. Cette description des relations entre la magistrature et le Pouvoir politique, est révélatrice de la volonté partagée par les régimes qui se sont succédés depuis la Monarchie constitutionnelle, de subordonner celle-ci à celui-là. Du rang de pouvoir sous l'Ancien Régime, l'ordre judiciaire était rétrogradé à l'échelon d'administration sous le Premier Empire. Considérée à la fois comme une garantie d'indépendance des juges et une condition d'existence d'un « pouvoir judiciaire », l'inamovibilité n'a pas été épargnée par ce mouvement. Afin de prévenir l'émergence d'un contre-pouvoir, chaque régime s'est attaché à façonner sa propre magistrature, contournant ainsi l'inamovibilité (§ 1). Dénaturant en outre cette dernière, un contrôle politique a été intégré au régime disciplinaire des juges, pour réprimer les comportements individuels subversifs (§ 2).

§ 1 . Le contournement de la garantie : un régime, une inamovibilité

161. Dans son *Histoire de la justice en France*⁴⁵⁸, évoquant l'épuration de la magistrature impériale consécutive à l'avènement de la Seconde Restauration, le

⁴⁵⁶ J. Barthélémy, *Mémoires*, éd. G. Watelet/Pygmalion, Paris, 1989, p. 250.

⁴⁵⁷ J.-M. Varaut, *Indépendance*, D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 626.

⁴⁵⁸ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, 1032 p.

Professeur Royer soulignait que celle-ci n'avait « *pas été qu'un simple renouvellement de personnel* », mais avait conduit à l'affirmation de « *l'inamovibilité pour un règne* »⁴⁵⁹. Effectivement, suivant une lecture littérale de la Charte du 4 juin 1814, Charles X avait adressé des lettres de confirmation à toutes les cours de justice, lors du décès de Louis XVIII. Cependant, l'étude de l'époque comprise entre les débuts de la Révolution française et l'instauration de la V^{ème} République, conduit à une appréhension de l'inamovibilité dans le temps, dépassant le seul cadre monarchique. Au cours de cette période, le caractère commun à la monarchie, à la république, à l'empire et à la dictature, réside dans l'idée d'une « *inamovibilité pour un régime* ». Le Professeur Royer le relevait d'ailleurs de manière incidente à propos de la Restauration : « *Il est désormais bien clair que l'inamovibilité s'use avec le temps, qu'elle s'épuise en même temps qu'un roi expire, qu'elle ne dure que ce que dure un régime et qu'elle ne lie point le suivant* ». Pendant cette période de plus d'un siècle et demi, comprise entre 1789 et 1958, le lien opéré entre l'inamovibilité et les régimes politiques qui se sont succédés, apparaît à chaque fois à un double niveau. Tandis que les régimes en place tendaient à associer les magistrats au moyen d'une fidélisation **(A)**, les régimes leur succédant en tiraient les conséquences en procédant à une épuration **(B)**.

A . La fidélisation des magistrats au régime en place

162. « *Je ne sais si la magistrature juge mal, mais je sais qu'elle avance bien. En vérité, on ne pourra bientôt plus parler de tribunaux de première instance, de Cours d'appel, de Cour de cassation, il n'y aura plus que des régiments de marche de première instance, d'appel et de cassation* »⁴⁶⁰. Cette boutade du Duc de Pasquier, consistant à assimiler les magistrats aux militaires, illustre bien la volonté des régimes politiques successifs de fidéliser ceux-ci à leur cause. Afin d'atteindre cet objectif, malgré la garantie d'indépendance offerte par l'inamovibilité, cette dernière a été contournée et en conséquence partiellement ruinée. En effet, la fidélisation s'est opérée à la fois au moment du recrutement **(1)** et pendant le déroulement de la carrière **(2)**.

1°) La fidélisation des magistrats lors du recrutement

163. Essentiellement conçue comme une garantie contre l'arbitraire du Pouvoir exécutif pendant la durée des fonctions du juge, l'inamovibilité ne constitue pas nécessairement un gage d'indépendance et d'impartialité des personnes nommées

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 314.

⁴⁶⁰ Duc de Pasquier, cité in V. Jeanvrot, *op. cit.*, pp. 211-212.

à celles-ci. « *Bien au contraire, réduite au rang d'une bergerie mal fermée dans laquelle pourrait aisément s'introduire le loup, l'inamovibilité se transforme aussitôt en faveur de ce dernier, en une véritable forteresse inexpugnable, lorsque survient le berger alerté* ». C'est dans cet esprit que la majorité des régimes qui se sont succédés entre l'an VIII et 1906, ont reconnu aux juges le bénéfice de cette garantie.

164. En ce sens, il est possible d'évoquer une certaine convergence de vue entre l'empire, la monarchie et la république, concernant la question de la mise en place d'un concours pour le recrutement des magistrats. L'institution d'un tel mode de recrutement, risquait de déséquilibrer le « *couple « nomination par le pouvoir – inamovibilité* », au profit de la seconde composante. Or, le Pouvoir politique avait accordé l'inamovibilité aux magistrats, sachant qu'il conservait la maîtrise des nominations. C'est pourquoi, près d'un siècle et demi devaient s'écouler avant l'institution intégrale du concours.

Sous le Premier Empire, l'article 64 de loi du 20 avril 1810 prévoyait comme seule condition de capacité pour l'accès à la magistrature, une licence en droit et la preuve d'un suivi du barreau pendant deux ans. Cette disposition n'avait cependant pas un caractère absolu, puisqu'elle connaissait deux exceptions. D'une part, les articles 17 et 18 de la loi du 22 ventôse an XII disposaient que seraient licenciés en droit, les magistrats en fonctions et les hommes de loi ayant trois ans d'exercice. D'autre part, l'article 27 de la loi du 29 ventôse an XII, demeuré en vigueur malgré l'intervention de la loi de 1810, permettait aux avoués ayant dix années d'expérience d'accéder à la carrière judiciaire. C'est dans le contexte de la Monarchie de Juillet, marquée par une véritable explosion de la pratique du clientélisme, que fut développée par le Professeur Foucart, l'idée de l'institution d'un concours d'accès à la magistrature⁴⁶¹. Mais aucune réforme ne fut mise en œuvre en ce sens jusqu'à la chute du Second Empire.

Il fallut ainsi attendre l'avènement de la III^{ème} République, pour qu'une première initiative en faveur du concours aboutisse. En effet, à l'instigation du Ministre Dufaure, un arrêté du 10 octobre 1875 décida que les attachés à la chancellerie, des parquets de la cour de Paris, et du tribunal de la Seine, seraient recrutés suivant cette procédure. Un décret du 2 mai 1876 eut pour objet d'instituer un concours annuel destiné au recrutement d'attachés de première classe que recevaient le parquet de la Seine et des parquets de province désignés par le garde des sceaux. Ainsi, trois concours purent être organisés en 1877 et 1878. Cependant, il y eut une première parenthèse de seize ans au cours de laquelle aucun concours ne fut

⁴⁶¹ V.-E. Foucart, *De la nécessité d'exiger des candidats à la Magistrature des conditions spéciales de capacité*, t. 1, Revue de la législation et de la jurisprudence, octobre 1834-mars 1835, pp. 346-357. Cité in Roussellet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 248.

organisé. Les débats sur l'organisation judiciaire du début des années 1880, furent en effet marqués par des prises de position défavorables à l'encadrement de la nomination des magistrats par le Pouvoir exécutif. Ainsi, Waldeck-Rousseau considérait que, dans la mesure où il détenait le pouvoir de nomination en vertu de l'article 3 de la loi du 25 février 1875, le Président de la République ne pouvait être soupçonné d'en abuser de façon tyrannique et arbitraire⁴⁶². Plus largement, le Député Saint-Romme estimait que, puisqu'elle était invoquée comme contrepoids à l'arbitraire gouvernemental, l'inamovibilité était par essence mauvaise⁴⁶³. En un mot, l'encadrement de la désignation des magistrats par le Pouvoir exécutif, si elle était justifiée dans une monarchie ou dans un empire, apparaissait anti-démocratique en République.

Par un arrêté du 2 août 1895, le Ministre de la justice Trarieux rétablit cependant le concours, mais de manière éphémère, puisqu'une nouvelle parenthèse de dix ans s'ouvrit. Le décret du 18 août 1906, plus connu sous le nom de « *décret sarrien* » vint le rétablir une nouvelle fois. Comme l'a relevé le Premier président Rousselet, la disposition législative en application de laquelle ce décret a été pris, avait été votée à l'initiative d'un ancien magistrat devenu député, avec pour justification sa capacité à « *faire obstacle au favoritisme dans les nominations de magistrats* »⁴⁶⁴. Cependant, le décret du 18 février 1908 marqua un retour en arrière, en substituant un examen professionnel au concours. Celui-ci était ouvert aux personnes déjà énumérées par le décret de 1906, mais également aux préfets, sous-préfets, et sous certaines conditions, aux juges de paix. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, une nouvelle tentative eut lieu. L'ordonnance du 2 novembre 1945 supprimait l'examen professionnel et le stage au barreau, et instituait un corps d'attachés à la chancellerie, recrutés par concours et effectuant un cycle de trois années d'études et de stages. En raison de moyens insuffisants, et des critiques formulées à l'encontre de l'ordonnance, son application fut suspendue par une loi du 3 mai 1946. Finalement, il faudra attendre 1958, pour que soient définitivement établi le concours, et un « *Centre national d'études judiciaires* ».

165. De manière plus ponctuelle, certains régimes qui se sont succédés au cours du XIXe siècle, ont eu recours à des procédés complémentaires du refus du concours, et permettant un recrutement partisan des magistrats par le Pouvoir exécutif. Ainsi, le Sénatus-consulte du 12 octobre 1807 disposa que les juges ne

⁴⁶² Chambre des députés, 1883, p. 139. Cité in G. Masson, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁶³ Chambre des députés, 20 janvier 1883, p. 82. Cité in *ibid.*, p. 85.

⁴⁶⁴ Formule du rapporteur général du budget Milliès-Lacroix, citée in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 250.

bénéficieraient pas immédiatement de la garantie de l'inamovibilité prévue à l'article 68 de la Constitution de l'an VIII, et ne seraient définitivement institués dans leurs fonctions, qu'après avoir exercé celles-ci pendant une durée de cinq ans, « *si, après l'expiration de ce délai, Sa Majesté reconnaît qu'ils méritent d'être maintenus dans leur place* ». Les juges étaient soumis à un stage probatoire de cinq ans, avant d'accéder au statut de juge inamovible et à vie. Mais, il convient de relever que ces provisions ne furent jamais délivrées sous le Premier Empire, comme l'atteste l'article 51 de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire. Celui prévoyait en effet que : « *L'Empereur nomme tous les juges, ils sont inamovibles et à vie dès l'instant de leur nomination... Les juges actuels nommés par l'Empereur aux termes du sénatus-consulte du 12 octobre 1807 et qu'il jugera convenable de conserver recevront des provisions à vie à partir du 1^{er} janvier prochain* ». Plus encore, ce texte contenait une disposition transitoire, instituant une sorte de mécanisme de recrutement visant à s'assurer rétroactivement de la fidélité des candidats aux fonctions de juge. Partant du postulat que l'article 68 de la Constitution de l'an VIII ne s'était pas exécuté, le texte prévoyait la mise en place d'une commission de dix sénateurs nommés par le « *grand-juge* », et chargée de procéder parmi les juges nommés, « *à l'examen de ceux qui seraient signalés par leur incapacité, leur inconduite et les déportements dérogeant à la dignité de leurs fonctions* ». L'Empereur se réservait ensuite de prononcer définitivement le maintien ou la révocation des juges visés dans le rapport de la commission.

Autre institution qui, pour sa part, devait perdurer jusqu'à la Monarchie de Juillet, fut celle des auditeurs créée par la loi du 20 avril 1810. Déclinée en deux catégories, les juges et les conseillers, elle subordonnait l'accès à la magistrature à la réalisation d'un stage. Les conseillers auditeurs étaient nommés par le gouvernement sur une triple liste présentée par la cour d'appel à laquelle ceux-ci devaient être attachés, étant donné que seuls pouvaient être admis sur ces listes, de jeunes avocats ayant appartenu au barreau pendant deux ans et possédant un revenu annuel assuré de 3000 francs. Non attachés à une cour déterminée, ces auditeurs pouvaient être affectés aussi bien au siège qu'au parquet, voire être envoyés dans des tribunaux d'instance par le ministre de la justice. Dès lors qu'ils avaient atteint l'âge de 27 ans, ces conseillers pouvaient exercer leurs fonctions avec voix délibérative et non plus seulement consultative⁴⁶⁵. Parallèlement aux conseillers, les juges auditeurs étaient nommés par le gouvernement sans condition particulière. Ils devaient rester à la disposition du garde des sceaux, lequel pouvait les affecter dans les tribunaux composés de trois juges pour y exercer les fonctions de juges. Peu nombreux à l'origine, ils furent nommés en grand nombre à la suite de l'ordonnance du 19

⁴⁶⁵ Avis du Conseil d'Etat du 19 février 1811, cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, pp.181-182.

novembre 1823 autorisant le ministère de la justice à les placer dans tous les tribunaux de première instance, nonobstant le nombre de juges composant ces juridictions⁴⁶⁶. Dans aucune des deux situations, les auditeurs n'avaient vocation à être titularisés. Dans ce contexte, et en raison de leur utilisation à des fins délibératives, leur indépendance était extrêmement relative. Ainsi, Béranger, ancien avocat général à la cour de Grenoble écrivait en 1818, à propos des conseillers auditeurs : « *Ils ont trop besoin de mériter la faveur du Premier président et du Procureur général* »⁴⁶⁷. De la même manière, évoquant le recours aux juges auditeurs, le Duc de Broglie soulignait que le gouvernement : « *était maître de se créer dans chaque tribunal une majorité selon son bon plaisir* »⁴⁶⁸. La loi du 10 décembre 1830, adoptée sous la Monarchie de Juillet, devait en conséquence mettre un terme à l'auditorat.

Plus pérenne enfin, fut l'institution du serment politique. Jusqu'à l'intervention du décret du 5 septembre 1870, la plupart des régimes depuis la Révolution, ont subordonné l'entrée en fonctions des magistrats, à la prestation d'un serment politique. Achille Morin a ainsi établi une liste des serments qui se sont succédé entre la chute de la Monarchie constitutionnelle et l'établissement de la Monarchie de Juillet⁴⁶⁹. Sous le Premier Empire et les Cent-Jours, le magistrat jurait « *obéissance aux Constitutions de l'Empire et fidélité à l'Empereur* ». Pendant la Restauration, il devait « *fidélité au roi et observation des lois, ordonnances et règlements, en se conformant à la Charte de 1814* ». Durant le règne de Louis-Philippe I^{er}, il lui fallait affirmer sa « *fidélité au roi des Français et obéissance à la Charte constitutionnelle et aux lois du royaume* ». Enfin, sous la République des dix ans et le Second Empire, la formule du serment était prévue par le texte même de la Constitution : « *Je jure obéissance à la Constitution et fidélité au président (à l'empereur)* »⁴⁷⁰. Pendant cette longue période, rares ont été les parenthèses. Selon Martin-Sarzeaud, celles-ci auraient été au nombre de deux : du 16 thermidor an X au 12 octobre 1807 ; et du 8 août 1849 au 2 décembre 1851⁴⁷¹. Mais il semblerait que la

⁴⁶⁶ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 199.

⁴⁶⁷ A. Béranger, *De la Justice criminelle en France*, L'Huillier, Paris, 1818, p. 247. Il est à noter que le même fut nommé conseiller général à la Cour de cassation suite à la Révolution de juillet.

⁴⁶⁸ Duc de Broglie, *Vues sur le Gouvernement de la France*, écrit en 1859, Michel Lévy frères, Paris, 1870, p. 137.

⁴⁶⁹ A. Morin, *De la discipline des cours et tribunaux du barreau et des corporations d'officiers publics*, t. 2, éd. De Cosse et N. Delamotte, Paris, 1846.

⁴⁷⁰ Article 14 de la Constitution du 14 janvier 1852, Article 16 du Sénatus-consulte du 25 décembre 1852.

⁴⁷¹ Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 497.

première ait été plus restreinte, Achille Morin citant le serment prévu par le Sénatus-consulte du 28 floréal an XII. A l'inverse, la seconde aurait été plus longue, Un décret du 1^{er} mars 1848 aurait effectivement supprimé le serment politique, en considérant que : « ...*tout citoyen qui, sous le gouvernement de la République, accepte des fonctions ou continue de les exercer, contracte plus spécialement encore l'engagement de servir et de se dévouer pour elle* »⁴⁷². Les magistrats inamovibles n'étaient bien entendu pas exemptés de cette obligation. Or, le refus de prêter serment, ou la modification de la formule du serment, se trouvait sanctionné par la démission d'office. En conséquence, pour intégrer la magistrature, un candidat était tenu de jurer fidélité à un régime auquel il n'adhérait pas nécessairement. Plus encore, pour s'y maintenir pendant la durée normale d'une carrière, il pouvait être amené à prêter successivement serment à des régimes aussi antinomiques que la Première République, l'Empire, la Restauration, ou la Monarchie de Juillet.

2°) La fidélisation des magistrats dans le déroulement de la carrière

166. « *On avance dans les tribunaux, comme on gagne des grades dans une armée. On veut que les juges soient inamovibles pour qu'ils restent libres ; mais qu'il importe que nul ne puisse leur ravir leur indépendance si eux-mêmes en font volontairement le sacrifice* »⁴⁷³. L'avancement apparaît sans aucun doute comme le plus grand danger de l'inamovibilité, en ce qu'en l'absence d'encadrement légal, il conduit à faire oublier aux magistrats que leur indépendance ne constitue pas seulement un droit, mais également un devoir.

167. Soucieux de subordonner la magistrature, Napoléon I^{er} avait organisé l'ordre judiciaire suivant une structure hiérarchique complexe, inspirée du modèle militaire. Ainsi, le magistrat ayant commencé comme juge suppléant, devait gravir toute une série d'échelons pour espérer accéder un jour au plus haut niveau de la hiérarchie judiciaire, à savoir aux fonctions de premier président de la Cour de cassation. En théorie, les nominations en avancement des magistrats, étaient faites sur présentation préalable par les chefs des cours d'appel, c'est-à-dire les premiers présidents et les procureurs généraux. C'est d'ailleurs le sens qui ressort des circulaires des 18 fructidor an XI et 6 fructidor an XII⁴⁷⁴, prescrivant que les magistrats seraient nommés sur une liste de trois candidats, adressée au ministre de la justice par le premier président et le procureur général de chaque ressort. Or, comme

⁴⁷² M. Marlotigue, *L'inamovibilité des juges pendant la révolution de 1848 et le second empire*, thèse de doctorat, L'auteur, Paris, 1905, p. 19.

⁴⁷³ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. 2, Louis Hauman, Bruxelles, 1835, p. 207.

⁴⁷⁴ Circulaires des 16 septembre 1803 et 24 août 1804.

l'a souligné le Premier président Rousselet, la réalité était toute différente. Jusqu'à tard, le garde des Sceaux est demeuré le seul dispensateur de l'avancement des magistrats, les présentations des chefs de cours étant rarement suivies⁴⁷⁵. Dans ce contexte, l'avancement s'est trouvé étroitement lié aux recommandations et aux démarches personnelles des magistrats. S'agissant des sollicitations, le regard porté par certains hauts magistrats, est à cet égard absolument édifiant. Ainsi, sous la Monarchie de Juillet, le premier président de la Cour de cassation disait à la Chambre des pairs, le 13 juillet 1840 : « *J'ai vu quelque fois, au bruit d'une vacance d'emplois un tribunal presque entièrement déserté par des magistrats impatients d'avancement, et le ministre obligé de révoquer tous les congés pour disperser l'essaim de sollicitateurs* »⁴⁷⁶. Afin de remédier à cet abus, le garde des sceaux interdit d'accorder des congés aux magistrats dans le but de venir à Paris demander de l'avancement. Cette exigence dut néanmoins être rappelée de nouveau le 1^{er} août 1859, c'est à dire sous le Second Empire, par le Ministre Delangle, puis sous la III^{ème} République par le Garde des Sceaux Cazot, le 7 janvier 1880. Quarante ans après, dans la Réforme judiciaire parue en 1881, Picot, qui avait été directeur des affaires criminelles au ministère de la justice, écrivait : « *Chaque changement de ministère attire à Paris une nuée de sollicitateurs. Quand un mouvement se prépare, les plus ambitieux accourent. Grâce aux chemins de fer, ils ne demandent plus de congé, et entre deux audiences ils viennent assiéger leurs députés, les poursuivre au Palais Bourbon et remplir les antichambres de la Chancellerie* »⁴⁷⁷.

168. Quinze ans s'écoulèrent encore, avant qu'un véritable encadrement de l'avancement ne soit envisagé. Dans une circulaire du 26 septembre 1895, le Garde des Sceaux Trarieux justifiait la nécessité d'une telle réglementation, dans les termes suivants : « *Abandonnées à l'autorité exclusive du ministre, les nominations des magistrats, quels que soient les soins et les scrupules qu'y apportent la chancellerie, sont frappées d'une sorte de suspicion par cela seul qu'elles dépendent d'une volonté unique... De là naissent, chez les intéressés, des ambitions illimitées se traduisant en sollicitations sans mesure* »⁴⁷⁸. En conséquence, la circulaire prévoyait l'institution d'un tableau annuel d'avancement. Mais le texte devait rester inappliqué, après que Trarieux eut quitté le ministère, un mois plus tard. Le principe du tableau d'avancement fut finalement consacré onze années plus tard, par la loi du 17 juin 1906. Ce texte fut mis en œuvre par un décret du 13 février 1908, prévoyant

⁴⁷⁵ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, pp. 143 et 146.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 147.

⁴⁷⁷ G. Picot, *La Réforme judiciaire*, Hachette, Paris, 1881, p. 326.

⁴⁷⁸ G. Masson, *op. cit.*, p. 103.

qu'aucun magistrat ne pouvait être promu à un poste comportant augmentation de traitement, à défaut d'avoir été inscrit au préalable au tableau d'avancement. Ce dernier était préparé chaque année par une commission de classement, suivant les informations fournies par les chefs de cour. Pour autant, le garde des Sceaux n'était pas lié par les présentations de la commission, et arrêtait seul le tableau qui lui avait été soumis dans l'ordre alphabétique. En outre, le tableau d'avancement ne s'appliquait pas pour certaines fonctions, telles que celles de conseiller à la Cour de cassation, de premier président de cour d'appel, et de président de tribunal. Le mouvement en faveur d'un encadrement de l'avancement, reprit essentiellement à partir des années 1930. Un décret du 20 février 1934⁴⁷⁹ vint créer aux côtés de la commission chargée d'arrêter la liste des magistrats susceptibles d'être promus, une commission compétente pour proposer trois magistrats à la nomination du garde des sceaux, lors de chaque vacance de poste supérieur à ceux de juge de première classe ou de président de troisième classe. La compétence de cette seconde commission fut étendue deux ans plus tard, par un décret du 10 janvier 1935⁴⁸⁰, aux promotions à un poste du siège ou à un poste de juge suppléant. Mais les décrets de 1934 et 1935 furent abrogés l'année suivante, par le décret du 18 juin 1936⁴⁸¹. A propos de ce recul, Fernand Payen devait écrire : « *On vient d'abattre le bienfaisant obstacle dressé en 1934 devant la politique et les politiciens* »⁴⁸².

Par opposition aux régimes précédents, la IV^{ème} République a semblé plus encline à réglementer l'avancement. Dans ce cadre, le Conseil supérieur de la magistrature était censé occuper une place centrale⁴⁸³. En amont, il constituait la commission du tableau d'avancement, chargée d'examiner les dossiers des magistrats proposés par les chefs de cour. Il arrêtait ensuite ce tableau en séance plénière, avant sa signature par le Président de la République et sa publication au Journal officiel. En aval, le Conseil était chargé de choisir parmi les magistrats inscrits au tableau, ceux qu'il jugeait suffisamment méritants pour recevoir un avancement, afin de les présenter à la nomination du chef de l'Etat. Néanmoins, la pratique des sollicitations a perduré jusqu'à la fin du régime. C'est pourquoi, le Conseil supérieur de la magistrature a décidé en 1953, d'assimiler à une nouvelle

⁴⁷⁹ JO, 22 février 1934.

⁴⁸⁰ Dalloz, 1935, p. 29.

⁴⁸¹ JO, 19 juin 1936, p.6426.

⁴⁸² F. Payen, *La justice en danger*, Plon, Paris, 1937, p. 32, cité in G. de La Rocca, *op. cit.*, pp. 102-106.

⁴⁸³ G. de La Rocca, *op. cit.*, pp. 109-112.

note, toute recommandation figurant au dossier d'un magistrat⁴⁸⁴. Encore en 1958, le secrétariat du Conseil fut contraint d'adresser une circulaire aux chefs de cour, afin de prévenir les démarches entreprises auprès de ses membres, aux seules fins d'obtenir un avancement⁴⁸⁵.

169. En vue d'obtenir de l'avancement, les magistrats n'hésitaient pas non plus, dans ce contexte, à s'engager positivement en faveur de la politique sinon générale, du moins pénale du gouvernement. Ainsi, comme l'a relevé à ce sujet le Premier président Rousselet, le Pouvoir avait tendance, jusqu'à l'établissement du Conseil supérieur de la magistrature en 1946, à favoriser la magistrature du parquet⁴⁸⁶. Or, en raison de la perméabilité existant entre le siège et le parquet, un magistrat ayant exercé ses fonctions au sein du ministère public, arrivait beaucoup plus aisément à se hisser aux hauts postes de la magistrature du siège. A titre d'exemple en ce sens, il est possible de citer un extrait d'une lettre écrite au garde des Sceaux par le procureur général de la cour d'appel de Limoges, pourtant membre du parquet, suite au décès d'un conseiller : « *Permettez-moi d'insister sur les motifs qui militent en faveur de la magistrature assise pour qu'elle bénéficie cette fois d'une occasion d'avancement qui ne s'est pas présentée sérieusement pour elle depuis plus de deux années, puisque cinq mouvements n'ont profité en réalité qu'aux membres des parquets* »⁴⁸⁷. Au-delà de la sphère pénale, les convictions ou l'engagement politique pouvaient faire la différence, pour bénéficier d'une nouvelle nomination ou d'un avancement. Ainsi, deux mois à peine après l'adoption du décret instituant le tableau d'avancement, le garde des Sceaux adressait aux chefs de cour une circulaire dans laquelle il leur indiquait que les candidats à l'avancement devaient : « *se*

⁴⁸⁴ Déclaration du Président de la République, Vincent Auriol, lors des Journées internationales consacrées à l'indépendance des juges, Le Pouvoir judiciaire, mai 1953. Cité in G. Masson, *op. cit.*, p. 281.

⁴⁸⁵ « *S'il est nécessaire que les chefs de cour viennent périodiquement entretenir les membres du Conseil supérieur du fonctionnement de leur cour et exposer la situation des magistrats de leur ressort, ceux-ci n'ont pas à venir faire valoir leurs desiderata qu'à titre tout à fait exceptionnel, qu'en conséquence les chefs de cour seront reçus le mercredi matin, les autres le jeudi matin par le Conseil, et à la condition de solliciter par écrit une audience* », Le Pouvoir judiciaire, janvier 1958, cité par G. Masson, *op. cit.*, p. 284.

⁴⁸⁶ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁸⁷ Cité in *ibid.*, p. 142. A la même page, l'auteur mentionne un extrait d'une lettre écrite par le premier président de la cour d'appel de Bastia, au garde des sceaux, le 26 juin 1877 : « *Sur neuf places de conseillers devenues vacantes à la Cour d'appel de Bastia depuis le 4 septembre 1870, une seule a été donnée à un président de tribunal et a occasionné un mouvement dans la magistrature assise. D'où il résulte que la plupart des membres des tribunaux, comptant quinze et vingt années de services, demeurent en quelque sorte cloués à leurs postes de début, tandis que les magistrats du parquet sont promus à des fonctions supérieures, alors qu'ils n'ont passé que deux ans ou un an, même quelques mois dans les postes d'où ils sortent avec avancement. Cette inégalité dans l'appréciation des titres, la faveur exceptionnelle dont jouissent les membres des parquets, découragent la magistrature assise et lui infligent à chaque mouvement une humiliation imméritée* ».

recommander par les plus sérieuses qualités professionnelles et par leur dévouement à nos institutions politiques »⁴⁸⁸. Dans ces conditions, les magistrats se trouvaient étroitement liés au régime politique en place. Ils en étaient en quelque sorte « la création ».

B . L'association des magistrats au régime en place

170. A chaque changement de régime politique, entre la Révolution et l'avènement de la IV^{ème} République, a été soulevée par le nouveau pouvoir, la question du degré de compromission de la magistrature héritée du régime déchu, avec ce dernier. En dépit de l'affirmation, le plus souvent au niveau constitutionnel, de l'inamovibilité des magistrats, celle-ci a été systématiquement écartée de manière temporaire. Une telle mesure avait pour objet d'épurer la magistrature en place afin de la mettre en adéquation avec le nouveau gouvernement **(1)**. Paradoxalement, alors que la qualité de pouvoir lui était refusée en temps normal, la justice se voyait implicitement reconnaître cette qualité pendant ces courtes périodes de transition, en étant assimilée aux institutions constitutionnelles du régime déchu **(2)**.

1°) Les épurations de la magistrature consécutives à chaque changement de régime

171. Déjà, au moment de la transition entre l'Ancien Régime et la Monarchie constitutionnelle, le décret des 7 et 11 septembre 1790 et celui des 6 et 12 octobre 1790, avaient successivement supprimé les charges de judicatures, et interdit aux compagnies d'anciens juges de se réunir de nouveau à l'avenir. La tenue d'élections dans l'hiver 1790-1791 permit, à défaut d'écarter tous les juges du régime déchu, au moins de mettre de côté ceux qui ne reçurent pas l'assentiment des citoyens actifs. Plus tard, lors de l'abolition de la royauté par le décret des 21 et 22 septembre 1792, et avant même que ne soit proclamée la République, la magistrature fut encore une fois remise en cause. En effet, sur proposition de Danton, la Convention nationale vota un décret prévoyant que les « *corps judiciaires seraient renouvelés, ainsi que les juges de paix* ». L'ancien avocat justifiait cette solution par le fait que : « *beaucoup de juges qui n'étaient pas très experts en mouvement politiques, ne prévoyaient pas la Révolution et la République naissante ; ils correspondaient avec le pouvoir exécutif...C'est alors que je me suis convaincu plus que jamais de la nécessité absolue d'exclure cette classe d'hommes des tribunaux* »⁴⁸⁹. C'est ainsi, qu'un scrutin se tint au mois de janvier 1793, avant la fin du mandat théorique des

⁴⁸⁸ Circulaire du 24 août 1906, Bulletin officiel du ministère de la justice, 1906, p. 145.

⁴⁸⁹ Propos cités in G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 403-404.

juges précédemment élus. Après la parenthèse de la Terreur refermée le 9 thermidor an III, préalablement à l'avènement du Directoire, la Convention fit procéder à de nouvelles élections et, à défaut d'obtenir satisfaction, attribua provisoirement au Comité de législation, par un décret du 4 mars 1795, compétence pour la nomination à tous les emplois judiciaires⁴⁹⁰. Suite au coup d'Etat du 18 brumaire, mettant un terme au Directoire au profit du Consulat, une partie de la magistrature en place fut à son tour écartée. Effectivement, la Constitution du 22 frimaire an VIII modifiait le mode de désignation des juges. Au lieu d'être élus par les citoyens, comme cela avait été le principe sous le régime des trois Constitutions précédentes, ils devaient désormais être : pour les juges du Tribunal de cassation, élus par le Sénat à partir de la liste nationale de notabilité⁴⁹¹ ; et pour les juges de première instance et d'appel, par le premier consul à partir des listes communales et départementales de notabilité⁴⁹².

172. Les épurations consécutives à chaque changement de régime apparaissent cependant avec beaucoup plus de clarté à partir de la fin du Premier Empire, en raison de la plus grande stabilité dans le temps, des régimes qui se succèdent jusqu'en 1958. C'est ainsi, qu'au moment de la Première Restauration, il fut prévu à l'article 58 de la Charte du 4 juin 1814, que : « *Les juges, nommés par le roi, sont inamovibles* ». *A contrario*, les juges qui avaient été nommés sous l'empire du régime précédent, semblaient pouvoir être révoqués sans les garanties attachés à ce principe. C'est bien en faveur de cette interprétation que trancha l'ordonnance du 15 février 1815, ainsi que le chancelier, lors de l'installation de la Cour de cassation, le 21 février 1815, en déclarant : « *Il n'y a que les juges nommés par le roi qui soient inamovibles ; peu importe par conséquent que les juges existant aient été créés à vie par le dernier Gouvernement* »⁴⁹³. Louis XVIII fut néanmoins contraint à un second exil, avant d'avoir pu procéder au renouvellement complet du personnel judiciaire. Revenu de l'île d'Elbe, Napoléon I^{er} fit prévoir à l'article 51 de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, que : « *L'Empereur nomme tous les juges. Ils sont inamovibles et à vie dès l'instant de leur nomination...Les juges actuels nommés par l'Empereur, aux termes du sénatus-consulte du 12 octobre 1807, et qu'il jugera convenable de conserver, recevront des provisions à vie avant le 1^{er} janvier*

⁴⁹⁰ G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 405.

⁴⁹¹ Articles 19 et 20 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

⁴⁹² Article 41 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

⁴⁹³ Cité in G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 433.

prochain »⁴⁹⁴. Ainsi, non seulement le texte constitutionnel s'appropriait la formule de la Charte, à l'encontre des juges déjà nommés par Louis XVIII sous la Première Restauration, mais en outre elle permettait à Napoléon I^{er} de s'affranchir de l'inamovibilité à l'égard des juges nommés sous l'Empire, ayant rallié la monarchie. Après l'épisode des Cent-Jours, Louis XVIII put procéder aux épurations jugées nécessaires dans la magistrature, en n'accordant pas l'investiture royale aux magistrats indésirables. Selon le Premier président Rousselet, deux cent quatre-vingt-quatorze magistrats furent ainsi écartés au sein des cours d'appel, et mille quatre cents juges au sein des tribunaux, entre 1815 et 1818⁴⁹⁵.

173. Avec l'avènement de la Monarchie de Juillet, consécutive à la Révolution de 1830 et à l'abdication de Charles X, le principe suivant lequel seuls les juges nommés par le roi sont inamovibles, fut expressément repris à l'article 49 de la Charte du 14 août 1830. Cependant, à la différence de Louis XVIII, Louis-Philippe I^{er} ne semble pas avoir eu recours à ce moyen pour procéder à une épuration de la magistrature, des éléments « *légitimistes* » de celle-ci. En obligeant les magistrats à prêter serment de fidélité au nouveau régime, il réussit néanmoins à atteindre un résultat équivalent. D'après Martin-Sarzeaud, trois cents dix-neuf magistrats du siège auraient alors décidé de démissionner de leurs fonctions⁴⁹⁶. La Révolution de février 1848 ayant mis fin à la Monarchie de Juillet au profit de la Seconde République, le Gouvernement provisoire prit le décret du 17 avril 1848 proclamant l'incompatibilité de l'inamovibilité avec le régime républicain, et prévoyait : « *Provisoirement et jusqu'au jour où l'Assemblée nationale se prononcera sur l'organisation judiciaire, la suspension et la révocation des magistrats peut-être prononcée par le ministre de la justice, délégué du Gouvernement provisoire, comme mesure d'intérêt public* »⁴⁹⁷. Toutefois, lors de la séance du 8 août 1849 relative à l'organisation judiciaire, l'Assemblée nationale décida le maintien des tribunaux existant et des magistrats en fonctions, et un décret ultérieur leva les mesures de suspension prises en application du décret du 17 avril 1848⁴⁹⁸. Pendant la République décennale, antichambre temporelle du Second Empire, furent adoptés deux décrets de nature à épurer

⁴⁹⁴ Au préalable, Napoléon I^{er} avait annulé les mesures prises par Louis XVIII, par un décret du 13 mars 1815. Voir en ce sens V. Silvera, *La fonction publique et ses problèmes*, éd. de l'actualité juridique, Paris, 1969, p. 42.

⁴⁹⁵ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 167.

⁴⁹⁶ G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 463. Selon le tableau établi, il y aurait eu 3 démissionnaires à la Cour de cassation, 98 dans les cours d'appel, et 248 dans les tribunaux de première instance.

⁴⁹⁷ Cité in G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 467. Quatorze magistrats auraient alors été suspendus, selon M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁹⁸ G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 477.

silencieusement la magistrature. D'une part, le décret du 1^{er} mars 1852 autorisait le ministre de la justice à mettre d'office à la retraite les magistrats ayant atteint une limite d'âge déterminée. Selon plusieurs observateurs, cette mesure était un moyen d'écarter des juges ayant acquis une certaine indépendance d'esprit à l'égard du Pouvoir politique, en raison de la succession des régimes auxquels ils avaient survécu⁴⁹⁹. D'autre part, le décret du 8 mars 1852 prévoyait que tout refus ou défaut de serment, ainsi que toute modification de la formule du serment, équivalait à une démission d'office du magistrat.

174. Le rétablissement de la République suite au désastre de Sedan, devait conduire à l'adoption par le Gouvernement de la défense nationale, des décrets des 28 janvier et 3 février 1871 déclarant déchu de leur siège, quinze magistrats ayant participé aux commissions mixtes après le coup d'Etat du 2 décembre 1851⁵⁰⁰. Ces mesures furent néanmoins rapportées par l'Assemblée nationale, le 25 mars 1871, comme contraires au principe d'inamovibilité. C'est seulement avec l'avènement de la « République aux républicains », entre 1875 et 1879, que la III^{ème} République va être en mesure de procéder à une épuration de la magistrature visant à écarter les éléments légitimistes, orléanistes et bonapartistes de celle-ci. Ce fut l'objet de la loi du 30 août 1883, prévoyant la suppression d'un certain nombre de sièges, et autorisant le gouvernement à « éliminer », dans un délai de trois mois suivant sa promulgation, un nombre égal de magistrats. Si le gouvernement n'était pas tenu de révoquer les juges dont le siège avait été supprimé, en revanche le texte prévoyait expressément que ne seraient : « *pas maintenus à quelque juridiction qu'ils appartiennent, les magistrats qui, après le 2 décembre 1851, ont fait partie des commissions mixtes* ». Selon le Premier président Rousselet, six cents quatorze magistrats « *hostiles aux idées républicaines* » furent ainsi révoqués⁵⁰¹.

175. La substitution du Régime de Vichy à la République fut marquée dès le 17 juillet 1940⁵⁰², par une loi autorisant le gouvernement à relever de leurs fonctions, les magistrats, ainsi que les fonctionnaires civils et militaires, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire. L'inamovibilité était donc suspendue. Sur ce fondement, quatre-vingt-onze magistrats furent relevés de leurs

⁴⁹⁹ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 170. G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 482. Selon l'auteur, 132 magistrats auraient ainsi été mis à la retraite.

⁵⁰⁰ Parmi eux, figurait le premier président de la Cour de cassation Devienne, lequel faisait par ailleurs au même moment, l'objet de poursuites disciplinaires pour d'autres motifs. Voir à ce sujet, M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 169.

⁵⁰¹ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 168.

⁵⁰² Initialement prévue pour durer jusqu'au 31 octobre 1940, la mesure fut successivement prorogée par les lois des 23 octobre 1940, 20 mars 1941, 14 septembre 1941, et 2 septembre 1942.

fonctions. Par ailleurs, deux lois spéciales intervinrent : d'une part celle du 11 août 1941, déclarait démissionnaires d'office tous les anciens dignitaires des sociétés secrètes ; d'autre part, celle du 2 juin 1941 interdisait aux « *juifs* », les fonctions de magistrat. Sur ces deux bases, quatre-vingt-neuf juges furent démis de leurs fonctions. Lors de la Libération, l'ordonnance du 27 juin 1944 prévoit que les fonctionnaires ayant « *favorisé les entreprises de l'ennemi ou porté atteinte aux institutions constitutionnelles ou aux libertés publiques* », seraient traduits devant des commissions d'épuration, le pouvoir de sanction appartenant au garde des sceaux. D'après le Premier président Rousselet, trois cent soixante-trois magistrats furent révoqués, soit 17% de l'effectif total des magistrats à l'époque.

2°) La justification des épurations de la magistrature à chaque changement de régime

176. Si les épurations de la magistrature consécutives à chaque changement de régime, constituent des mesures de circonstance, elles ne sauraient toutefois être réduites à cette qualification. Les tenants d'un nouveau pouvoir, monarchique, impérial, ou républicain, ont été animés par un même souci de justification. En effet, ceux-ci ont entendu minimiser l'atteinte portée à l'inamovibilité, en dégagant l'idée d'une inamovibilité à régime constant. Les magistrats du siècle seraient inamovibles pendant la durée du régime dont ils relèvent. Cette garantie cesserait lors de la chute de celui-ci, autorisant une élimination des magistrats jugés incompatibles avec le nouveau régime.

177. Une première théorie se fonde sur l'existence d'une contradiction entre l'inamovibilité héritée du régime déchu, et les principes directeurs, constitutionnels ou fondamentaux du régime naissant. Cet argument a été utilisé avant même l'adoption de la Constitution du 3 septembre 1791, devant l'Assemblée constituante. Lors de la séance du 3 novembre 1789, le Député Lameth avait en effet estimé, que : « *La Constitution ne sera pas solidement établie, tant qu'il existera auprès des assemblées nationales, des corps rivaux de sa puissance, accoutumés longtemps à se regarder comme les représentants de la nation* »⁵⁰³. Ce qui était ici reproché aux parlements, c'était moins d'être restés fidèles à l'Ancien Régime, que de s'être opposés à l'Assemblée⁵⁰⁴. Les parlements, fort d'une inamovibilité qui tendait vers l'irrévocabilité, continuaient à se regarder comme les dépositaires de la souveraineté. Or, une telle position était incompatible avec les principes directeurs de la future

⁵⁰³ Séance du 3 novembre 1789, in P.-J.-B. Buchez, P.C. Roux-Lavergne, *Histoire parlementaire de la Révolution...*, t. III, *op. cit.*, p. 276.

⁵⁰⁴ D'ailleurs, Lameth à l'occasion de son intervention, avait d'abord rendu un vibrant hommage au rôle joué par les parlements, dans la limitation de la monarchie absolue.

Constitution. La Déclaration des droits de l'homme, qui devait initialement en constituer le préambule, énonçait dans son article 3, que : « *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* ». C'est pourquoi, la Constituante avait entendu supprimer l'inamovibilité prévue par l'ordonnance du 21 octobre 1467, dans le cadre de la loi des 16 et 24 août 1790.

De la même façon, les Chartes de la Restauration et de la Monarchie de Juillet, rappelaient avec une égale intensité, le principe médiéval suivant lequel : « *Toute justice émane du roi* »⁵⁰⁵. Cette disposition était en outre complétée par un article prévoyant que : « *Les juges nommés par le roi sont inamovibles* »⁵⁰⁶. En conséquence, les magistrats entrés en fonctions sous la Première République ou sous le Premier Empire, pouvaient difficilement être maintenus sous la Restauration, sans avoir été confirmés au préalable par le roi. Sous la Première République, l'inamovibilité avait été accordée à des juges élus par le peuple. Sous le Premier Empire, elle avait été reconnue à des juges nommés par l'Empereur. En dépit de l'identité entre les dispositions des Chartes de 1814 et 1830, la Monarchie de Juillet se trouvait dans une situation analogue. Pendant la Restauration, l'inamovibilité avait été attribuée à des juges nommés par le roi de France. Or, Louis-Philippe I^{er} était « *roi des Français* ». Lors de l'avènement de la Seconde République, cette idée est de nouveau ressortie, avec le décret du 17 avril 1848. Celui-ci déclarait que : « *le principe de l'inamovibilité de la magistrature, incompatible avec le régime républicain, a disparu avec la Charte de 1830* ». L'inamovibilité à vie conférée par le roi des Français, semblait effectivement inconciliable avec le souhait du Gouvernement provisoire de voir rétablie une magistrature élue à temps par le peuple.

178. Une seconde théorie repose plus simplement, sur l'idée d'une abrogation implicite de la disposition constitutionnelle fondant l'inamovibilité des magistrats, au moment de la chute d'un régime politique. En effet, la Constitution d'un régime déchu est réputée disparaître avec lui. En conséquence, si le bénéfice de l'inamovibilité est prévu par la Constitution, il tombe également avec cette dernière. Cet argument a été clairement défendu par le Garde des Sceaux Martin-Feuillée, dans le cadre des travaux préparatoires à la loi du 30 août 1883. Pour s'opposer aux mesures d'épuration prévues par ce texte, plusieurs sénateurs avaient invoqué la valeur constitutionnelle de l'inamovibilité. Or, sachant que cette garantie n'avait pas été reprise dans les Lois constitutionnelles de 1875, cela signifiait qu'elle trouvait

⁵⁰⁵ Article 57 de la Charte du 4 juin 1814, et 48 de celle du 14 août 1830.

⁵⁰⁶ Articles 58 de la Charte du 4 juin 1814, et 49 de celle du 14 août 1830.

son assise dans la Constitution du Second Empire. Lors de la séance du 29 juillet 1883 au Sénat, le garde des Sceaux Martin-Feuillée prit soin de citer un précédent. En 1849, le Garde des Sceaux Rouher s'était déjà demandé si l'inamovibilité prévue par la Charte de 1830, avait survécu à la Monarchie de Juillet. Celui-ci opta alors pour une réponse négative, après avoir relevé que : « *La révolution de février, en renversant les institutions qui régissaient le pays et la charte qui les consacrait, a, incontestablement brisé comme loi écrite, le principe de l'inamovibilité* ». Martin-Feuillée s'est en conséquence inscrit dans le sillon de cette conception, afin d'emporter la conviction de la chambre haute. Certains passages de son intervention, méritent d'être cités : « *Comment, l'inamovibilité serait encore un principe constitutionnel ? Ce n'est pas possible, ce serait reconnaître que la constitution de 1852 a survécu à la chute de l'empire...La Constitution de 1852 est morte et bien morte ; et la constitution de 1875 est absolument muette. En conséquence, l'inamovibilité, aujourd'hui, dépend absolument du pouvoir législatif. Le pouvoir législatif, à l'heure actuelle, pourrait assurément restreindre l'inamovibilité ; il pourrait la suspendre et même la supprimer* ».

Bien entendu, la disparition de l'inamovibilité au niveau constitutionnel, ne signifie pas pour autant son absence au niveau législatif ou réglementaire. Néanmoins, la notion même d'« *inamovibilité* », a rarement été inscrite dans des textes inférieurs à la Constitution. C'est d'ailleurs l'argument qui a été invoqué en 1882, par le rapporteur Pierre Legrand, devant la Chambre des députés. Il jugeait possible la suspension, voire la suppression de l'inamovibilité, dans la mesure où : « *Jamais, en France, cet état d'inamovibilité n'a existé légalement au profit des magistrats ; son principe ne se trouve inscrit dans aucunes de nos lois. Il n'a été proclamé que dans des documents essentiellement politiques, dans des Constitutions dont le sort est de disparaître avec le gouvernement qui les a faits* »⁵⁰⁷. Cette justification apparaît d'autant plus redoutable, qu'elle semble être confirmée par les événements antérieurs. Suite à l'adoption des décrets « *Crémieux* », en janvier et février 1871, l'Assemblée nationale avait entendu les abroger. Après avoir rejeté une proposition de texte prévoyant l'annulation de ces décrets, en raison de leur contrariété « *au principe constitutionnel de l'inamovibilité de la magistrature* », l'Assemblée adopta un texte évoquant une contrariété « *à la séparation des pouvoirs et au principe de l'inamovibilité des magistrats* ». Or, aucun texte, ni législatif, ni réglementaire n'était cité à l'appui. En un mot, l'inamovibilité ne semblait plus bénéficier, d'aucun support normatif. L'inamovibilité ne pouvait alors être violée, à défaut d'exister.

⁵⁰⁷ JO, Chambre des députés, annexes, 1882, p. 1285.

179. Une dernière théorie s'appuie plus précisément, sur la crainte partagée par les régimes successifs de voir émerger un contre-pouvoir. La justice est en ce sens, assimilée à un pouvoir, aux côtés des Pouvoirs législatif et exécutif. Il apparaît alors contradictoire, de faire coexister la magistrature du régime déchu, avec le Parlement et le gouvernement du nouveau régime. Cette conception fut ainsi défendue par le Député Armand Rivière, favorable à une suppression de l'inamovibilité. Lors de la séance du 31 mai 1882, il soulignait : « *Nous sommes, si je ne me trompe, dans une situation qui ne manque pas d'analogie avec celle dans laquelle se trouvait la constituante de 1789... (elle) était en face de parlements hostiles à toutes les idées, à toutes les institutions nouvelles... la chambre des vacations de Rennes... refusait d'enregistrer les décrets de l'Assemblée nationale ; ... (celle) de Bordeaux... faisait des injonctions aux municipalités... Est-ce que nous n'avons pas vu, nous aussi, récemment, la magistrature s'opposer à l'exécution des décrets ? Vous voyez l'analogie* »⁵⁰⁸. Léon Gambetta s'était exprimé de la même façon, quelques années plus tôt, en 1878, dans un discours prononcé à Romans. Pour lui : « *Quand un corps tout entier est légué par un Gouvernement rival, ... il n'est pas acceptable, il n'est pas juste qu'un Gouvernement sorti de la souveraineté nationale ne puisse pas examiner ce corps et le soumettre à une nouvelle investiture. Ce serait contraire au bon sens de laisser un principe d'hostilité contre le Gouvernement établi dans le fondement même de l'institution en question* »⁵⁰⁹.

Le recours à l'épuration est dès lors présenté comme le résultat d'une opération mathématique. La volonté commune du Parlement et du gouvernement nés du nouveau régime, doit nécessairement prévaloir sur celle de la magistrature issue du régime déchu. L'inamovibilité ne peut alors être maintenue, sous peine de fausser le calcul. Dans le discours précité, Léon Gambetta relevait en ce sens, que : « *il n'y a pas de gouvernement, quel qu'il soit – et, pour le moment je ne les juge pas – qui n'ait senti la profonde nécessité de cette doctrine. Il n'y en a pas qui, en s'installant, n'ait remanié, vérifié et investi à nouveau la magistrature* ». Pour conclure, il demandait que : « *le Gouvernement de la République examine la question de savoir s'il n'y a pas à prendre les mêmes mesures et la même garantie que tous les Gouvernements qui l'ont précédé* ». Cette argumentation a été reprise lors de l'examen du projet, qui devait conduire à la loi du 30 août 1883. Or, certains parlementaires n'ont pas manqué de relever à cette occasion, que le seul régime à ne pas avoir épuré la magistrature, a également été le plus éphémère. Hippolyte Ribière faisait ainsi ce constat devant le Sénat : « *En 1848, en effet... il n'y a pas eu ce que*

⁵⁰⁸ A. Rivière, Chambre des députés, séance du 31 mai 1882, JO, p. 744.

⁵⁰⁹ L. Gambetta, discours de Romans, 1878, cité par G. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, pp. 498-499.

l'on appelle d'épuration...Quelle a été la récompense pour la République de ce système de magnanimité ? Vous le savez...après 1848, le coup d'Etat ; après le coup d'Etat, les commissions mixtes ! »⁵¹⁰.

Dans ces conditions, l'épuration de la magistrature apparaît comme une question de survie pour le régime nouvellement établi. L'inamovibilité devrait en quelque sorte, céder à la force des choses. Pour autant, l'atteinte portée à cette garantie ne serait pas sans contrepartie. Ainsi, Léon Gambetta y voyait la condition *sine qua non* de son effectivité sous la III^{ème} République naissante. Pour lui, l'épuration de la magistrature héritée du Second Empire, était nécessaire : « ...pour sauver la magistrature, pour sauver ce principe de l'inamovibilité que des excès compromettent, pour arrêter dans des limites raisonnables et politiques la passion publique qui monte... ».

§ 2 . La dénaturation de la garantie : l'encadrement politique de la discipline

180. Parmi les causes qui ont précipité l'effondrement de l'Ancien Régime, l'impossibilité pour le roi de sanctionner les abus politiques commis par les parlements, a joué un rôle décisif. Au nom du principe de l'inamovibilité des magistrats, les cours souveraines avaient en effet contesté au monarque, le pouvoir de juger ceux-ci pour forfaiture. En conséquence, la discipline des magistrats revêtait un caractère essentiellement corporatif⁵¹¹. Or, ainsi que l'a souligné une majorité de la doctrine, si les règles morales applicables à la magistrature ont atteint une rare intensité à cette époque, leur sanction est demeurée largement illusoire⁵¹². Inamovibles en droit, les magistrats étaient ainsi devenus en pratique, irrévocables devant le roi et irresponsables devant leurs pairs. C'est pourquoi, soucieux d'empêcher une répétition de l'histoire, les régimes post-révolutionnaires ont pris soin de placer la responsabilité disciplinaire des magistrats sous une tutelle politique

⁵¹⁰ H. Ribière, Sénat, 29 juillet 1883, JO, p. 1101.

⁵¹¹ La discipline était à la fois assurée au sein de chaque compagnie, et au niveau de la hiérarchie judiciaire.

⁵¹² « Il convient à ce propos de bien distinguer ces règles morales des règles juridiques pour éviter les erreurs d'optique. Tous les historiens des institutions judiciaires peuvent en effet témoigner de ce formidable paradoxe : d'un côté, jamais il ne s'est vu autant de modèles de vertus, de portraits du parfait magistrat...D'un autre côté, il semble que jamais les juges avides d'épices...ou partiaux n'aient été aussi peu inquiétés qu'à l'époque – et qu'ils n'aient jamais été aussi nombreux », Sylvain Soleil, « Pour l'honneur de la compagnie et de la magistrature ! Le pouvoir disciplinaire interne aux institutions judiciaires (XVI^e-XVIII^e siècles) », in AFHJ, *Juger les juges...*, op. cit., p. 57.

(A), avant d'en centraliser la connaissance avec la création d'un « *Conseil supérieur de la magistrature* » (B).

A . Une inamovibilité sous tutelle avant l'institution d'un Conseil supérieur de la magistrature

181. Entre la Révolution et l'enracinement de la République au début des années 1880, la préoccupation des pouvoirs publics a été de soumettre la discipline des magistrats à une tutelle politique, et notamment de pouvoir de sanctionner les abus politiques de ceux-ci. Initialement réservée au Pouvoir législatif jusqu'au Consulat (1^o), cette surveillance a ensuite été appropriée par Pouvoir exécutif sous le règne de la loi du 20 avril 1810 (2^o).

1^o) La tutelle parlementaire pendant la Révolution

182. Correspondant à la première phase de la Révolution, l'année 1790 apparaissait comme celle de la « *régénération de l'ordre judiciaire* »⁵¹³. Le décret des 7 et 11 septembre 1790 avait supprimé l'ensemble des juridictions de l'ancienne France, et avait invité les officiers des parlements tenant les chambres de vacations à cesser leurs fonctions. Dans son prolongement, le décret des 6 et 12 octobre 1790 avait expressément défendu à toute compagnie judiciaire de s'assembler de nouveau, à peine de forfaiture. Dans ce contexte, le principe d'inamovibilité résultant de l'ordonnance de 1467 se trouvait sinon abrogé, du moins suspendu. Néanmoins, la proclamation du principe de la séparation des pouvoirs à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, faisait logiquement obstacle à ce que le Pouvoir exécutif puisse s'immiscer dans le fonctionnement de la distribution de la justice. En outre, la volonté des Constituants d'instaurer l'élection des juges, afin de conférer à ceux-ci une légitimité populaire comparable à la leur, faisait obstacle à l'idée d'un contrôle de nature hiérarchique. Cependant, refusant de voir les quatre cents cinquante tribunaux de district et les milliers de justices de paix fonctionner de manière anarchique, l'Assemblée constituante adopta une solution de compromis fondée sur une distinction entre l'organisation administrative de l'institution judiciaire et la distribution de celle-ci.

C'est ainsi que le Pouvoir exécutif se vit confier des prérogatives en matière d'administration de la justice. L'article 6 du titre VIII de la loi des 16 et 24 août 1790 prévoyait ainsi que : « *Le commissaire du roi en chaque tribunal veillera au maintien*

⁵¹³ Expression utilisée dans le rapport présenté par Thouret lors de la séance du 22 décembre 1789, cité in P.-J.-B. Buchez, P.C. Roux-Lavergne, *Histoire parlementaire de la Révolution...*, t. III, *op. cit.*, pp. 452-458.

de la discipline et à la régularité du service dans le tribunal selon le mode qui sera déterminé par l'Assemblée nationale ». Cependant, aucune précision ne fut apportée quant aux modalités d'exercice de cette surveillance, ni sur les conséquences du constat d'éventuelles irrégularités par le commissaire. Par ailleurs ce dernier, représentant du roi auprès des juridictions, n'exerçait théoriquement pas de fonctions de poursuite, en raison de la création concurrente de la fonction d'accusateur public. La loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 créant le Tribunal de cassation, ne devait pas pallier cette lacune du droit, en confiant à celui-ci une compétence disciplinaire. La loi des 27 avril et 25 mai 1791, précédant de quelques mois la Constitution monarchique, confia au ministère public nouvellement créé, quelques compétences en matière de surveillance. En ce sens, le ministre était chargé d'entretenir une correspondance habituelle avec les tribunaux et les commissaires, d'adresser aux juges des tribunaux de districts et des tribunaux criminels, ainsi qu'aux juges de paix et de commerce, les avertissements nécessaires, « *de les rappeler à la règle, (et) de veiller à ce que la justice fût bien administrée* ». Mais aucun véritable mécanisme de responsabilité ne semblait prévu, si ce n'est l'obligation pour le ministre de rendre compte auprès du législateur, de l'état de l'administration de la justice et des abus qui auraient pu être commis dans l'exercice de celle-ci⁵¹⁴. Ainsi, le principe de la séparation des pouvoirs, cher aux révolutionnaires, avait permis de préserver les premiers juges du nouvel ordre, de toute sanction disciplinaire.

183. Cependant, cet état de grâce se révéla de courte durée. En effet, si la conception initiale du principe de la séparation des pouvoirs faisait obstacle à l'exercice d'un contrôle poussé du Pouvoir exécutif sur les juges, l'essor de la conception française de la séparation des pouvoirs rendait légitime celui du Parlement. En effet, sa qualité d'auteur de la loi revenait à confier à celui-ci une certaine primauté sur les Pouvoirs exécutif et judiciaire⁵¹⁵. Cela ressort clairement de la première phrase de l'article 3 chapitre II de la Constitution du 3 septembre 1791 : « *Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi* »⁵¹⁶.

⁵¹⁴ J.-J. Clère, *L'exercice du pouvoir disciplinaire dans la magistrature depuis les débuts du Consulat jusqu'à la loi du 30 août 1883*, in AFHJ, *Juger les juges...*, op. cit., pp. 116-117.

⁵¹⁵ La notion de « *pouvoir judiciaire* » fut expressément utilisée pour l'intitulé du chapitre V du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791, et du titre VIII de la Constitution du 5 fructidor an III.

⁵¹⁶ Les conséquences de cette disposition sur les autres pouvoirs sont immédiates. S'agissant de l'Exécutif, la seconde phrase du même article prévoyait : « *Le roi ne règne que par elle (la loi), et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance* ». Concernant le Judiciaire, l'article 9 du chapitre V du titre III, relatif aux fonctions du juge, disposait : « *L'application de la loi sera faite par des juges* ».

C'est ainsi que dans le cadre de la Constitution de la Monarchie constitutionnelle, l'exercice de la compétence disciplinaire fut essentiellement confiée au Corps législatif : « *Le Ministre de la justice dénoncera au tribunal de cassation, par la voie du commissaire du Roi, et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir. – Le tribunal les annulera ; et s'ils donnent lieu à la forfaiture, le fait sera dénoncé au Corps législatif, qui rendra le décret d'accusation, s'il y a lieu, et enverra les prévenus devant la haute Cour nationale* »⁵¹⁷. A la différence d'une lecture littérale de cette disposition, susceptible de laisser penser le contraire, une appréhension de celle-ci replacée dans le contexte plus global de la Constitution, fait nettement apparaître la réunion de la compétence disciplinaire dans les mains du Parlement. Il n'existe effectivement aucune indépendance du ministère de la justice, du Tribunal de cassation et de la haute Cour nationale à son égard. La fonction de dénonciation du ministre est présentée comme une obligation, étant donné que la sanction de son non respect est susceptible d'entraîner la mise en jeu de sa propre responsabilité⁵¹⁸ devant la haute Cour nationale. De la même façon, le Tribunal de cassation ne se présente pas à cette époque comme la juridiction suprême de l'ordre judiciaire, mais comme un organe « *établi auprès du Corps législatif* »⁵¹⁹. Il était en conséquence chargé de sanctionner en cassation et uniquement en droit, les applications erronées de la loi par les tribunaux, sous réserve du référé législatif⁵²⁰. Plus précisément, l'article 22 du même chapitre prévoyait l'obligation pour une députation de membres de ce tribunal, de rendre compte chaque année devant le Parlement, de l'état des jugements rendus.

En conséquence, c'est en tant qu'organe subordonné au Corps législatif, et responsable devant lui de son action, que le Tribunal de cassation était tenu de dénoncer les excès de pouvoir susceptibles d'être qualifiés de forfaiture. Enfin, s'agissant de la haute Cour nationale, celle-ci se trouvait composée en vertu de l'article 23 du chapitre sur le « *pouvoir judiciaire* », notamment des membres du tribunal de cassation, ce qui conduit également à un amoindrissement de son indépendance. La Constitution du 5 fructidor an III va franchir une étape supplémentaire en faveur du renforcement de la compétence disciplinaire du

⁵¹⁷ Article 27 du chapitre V du titre III.

⁵¹⁸ Article 5 alinéa 1^{er}, de la section IV du chapitre II du titre III : « *Les ministres sont responsables de tous les délits par eux commis contre la sûreté nationale et la Constitution* ». Article 6 de la même section : « *En aucun cas, l'ordre du roi, verbal ou par écrit, ne peut soustraire un ministre à la responsabilité* ».

⁵¹⁹ Article 19 alinéa 1^{er} du chapitre V du titre III.

⁵²⁰ Article 20 et 21 du chapitre V du titre III.

Tribunal de cassation, en disposant à son article 264 : « *Le corps législatif ne peut annuler les jugements du tribunal de cassation, sauf à poursuivre personnellement les juges qui auraient encouru la forfaiture* ». Ainsi, le Parlement se voyait érigé en autorité de poursuite des juges présumés coupables de forfaiture, dans l'hypothèse où il annulerait des jugements rendus en contravention de la loi. Or, la Constitution omettait de désigner la juridiction compétente pour connaître de la responsabilité des juges. En effet, la Haute Cour de justice qui avait remplacé la haute Cour nationale, était uniquement compétente à l'égard des membres du Corps législatif et du Directoire exécutif, et était composée de plusieurs juges issus du Tribunal de cassation. Aussi, il est possible de s'interroger sur la compétence du Corps législatif. Une solution positive ne saurait être exclue, eu égard à la double signification du verbe « *poursuivre* ». Dans un sens restreint, il signifie : « *Agir contre quelqu'un par les voies de la justice* ». Mais au sens large, il exprime l'idée de : « *faire toutes les procédures, toutes les diligences nécessaires pour faire juger un procès, une affaire* ». Selon cette seconde acception, le Corps législatif pourrait en conséquence aller jusqu'à juger lui-même les juges, dans le silence des textes.

2°) La tutelle exécutive pendant le siècle des césars

184. L'avènement du Consulat devait marquer un tournant dans l'exercice de la compétence disciplinaire à l'égard des juges. En effet, le coup d'Etat du 18 brumaire an VIII avait entraîné la restauration d'un Pouvoir exécutif fort. Le système de l'élection des juges avait été abandonné au profit de celui de la nomination de ceux-ci par le chef de l'Etat, comme l'illustrent les Constitutions successives de la France depuis 1799. L'inamovibilité, réaffirmée à travers la conjonction des articles 41⁵²¹ et 68⁵²² de la Constitution du 22 frimaire an VIII, était « *conçue en contrepartie à la nomination par le pouvoir comme une garantie indispensable de stabilité et d'indépendance* »⁵²³. En conséquence, l'autorité de nomination se voyait théoriquement privée du pouvoir de suspension et de révocation des juges. Néanmoins, cette incompétence n'a pas eu pour effet de confier la fonction disciplinaire au Parlement, déjà réduit à un état de multicamérisme.

Il fut préféré à cette solution, un système hybride faisant intervenir à la fois le Tribunal de cassation et les juridictions inférieures, sous le contrôle du ministère de

⁵²¹ « *Le Premier consul...nomme tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation, sans pouvoir les révoquer* ».

⁵²² « *Les juges, autres que les juges de paix, conservent leurs fonctions toute leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture, ou qu'ils ne soient maintenus sur les listes d'éligibles* ».

⁵²³ J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, PUF, coll. Droit fondamental, Paris, 1^{ère} éd., 1995, p. 454.

la justice. Ainsi, l'article 74 de la Constitution du 22 frimaire an VIII prévoyait que : « *Les juges civils et criminels sont, pour les délits relatifs à leurs fonctions, poursuivis devant les tribunaux auxquels celui de cassation les renvoie après avoir annulé leurs actes* ». Cependant, il faut attendre le Sénatus-consulte des 14 et 16 Thermidor an X pour qu'une procédure disciplinaire soit réellement instituée. Le « *grand-juge ministre de la justice* » se voit attribuer, par l'article 81 de ce texte, un pouvoir de surveillance et de réprimande à l'endroit des membres des tribunaux. De la même manière, l'article 83 confiait aux tribunaux d'appel, un droit de surveillance sur les tribunaux civils de leur ressort, et aux tribunaux civils, un droit identique sur les juges de paix de leur arrondissement. Mais cette compétence de contrôle se limitait, pour les tribunaux civils et les tribunaux d'appel, à un simple droit d'avertissement vis-à-vis des juridictions subordonnées, des sanctions plus importantes supposant d'en déférer au « *grand-juge* ». Enfin, l'article 82 attribuait au Tribunal de cassation, présidé par le ministre de la justice, un « *droit de censure et de discipline sur les tribunaux d'appel et les tribunaux criminels* », et l'autorisait, en cas de « *cause grave* », de « *suspendre les juges de leurs fonctions, les mander près du grand-juge, pour rendre compte de leur conduite* ».

Le Sénatus-consulte fut complété et précisé par la loi du 20 avril 1810. Sans déterminer les faits susceptibles de donner lieu à l'ouverture de l'action disciplinaire, son article 49 précisait que ferait l'objet de poursuites, tout juge qui « *aura compromis la dignité de son caractère* ». Dans cette dernière hypothèse, le même article disposait que le président de la cour d'appel, lorsqu'était en cause un conseiller, ou le président du tribunal civil, si était concerné un membre de ce tribunal ou d'une justice de paix, était tenu de lui adresser un avertissement. Celui-ci pouvait être donné d'office par le président de la juridiction, soit sur réquisition du ministère public agissant en tant que représentant du pouvoir exécutif. Afin que cet avertissement ne demeure pas sans suite, la cour ou le tribunal dont le juge intéressé faisait partie, pouvait statuer sur la peine disciplinaire en chambre du conseil, en vertu de l'article 50 de la loi. Cette chambre pouvait alors prononcer trois sanctions : la censure simple, la censure avec réprimande et la censure simple.

185. Plus largement, le système, issu de la loi de 1810 assurait un renforcement notable du contrôle du ministère de la justice sur le déroulement de la procédure disciplinaire. En premier lieu, l'article 57 autorisait désormais de manière générale, le ministre de la justice à mander devant lui, tout magistrat, afin que celui-ci s'explique sur les faits qui lui seraient reprochés. Par ailleurs, suivant un principe hiérarchique, dans le cas où les tribunaux de première instance auraient négligé ou semblé négliger d'engager une procédure disciplinaire à l'égard d'un de leur membre ou d'un juge de paix, la cour d'appel du ressort pouvait se substituer à leur action, en convoquant le juge concerné à sa barre (article 54). Les décisions rendues aussi bien

devant les tribunaux de premier ressort que devant les cours, devaient être transmises au « *grand-juge* », étant entendu que celles prononçant une censure avec réprimande ou une suspension provisoire, nécessitaient l'approbation préalable de ministre, pour pouvoir être exécutées. Celui-ci avait alors la faculté, lorsque la gravité des faits imputés l'exigeait, de déférer le juge concerné devant la Cour de cassation. Cette dernière, présidée par le ministre lui-même, avait la possibilité de prononcer la suspension ou la déchéance du juge des ses fonctions (article 59)⁵²⁴. La Cour était alors en mesure de se prononcer sur la déchéance de l'intéressé. De cette manière, le gouvernement disposait d'un levier efficace en vue d'une révision des sentences des tribunaux et cours. Le décret du 1^{er} mars 1852 devait encore renforcer ce mécanisme en accordant au garde des Sceaux, la faculté de traduire directement les magistrats de tout ordre devant la Cour de cassation. Celle-ci pouvait alors prononcer la déchéance de tout magistrat ayant fait l'objet d'une mesure de suspension.

Ainsi, malgré l'affirmation pendant toute la période comprise entre le Sénatus-consulte des 14 et 16 thermidor an X et la loi précisée du 20 avril 1810, du principe d'inamovibilité des magistrats impliquant que ceux-ci ne puissent être destitués sans jugement, les sanctions prononcées à leur égard, dont la déchéance, restaient étroitement subordonnées à l'emprise du Pouvoir exécutif.

B . Une inamovibilité sous contrôle avec l'institution d'un Conseil supérieur de la magistrature

186. Après l'échec de la « *République des ducs* », la volonté de maintenir une surveillance politique sur la discipline des magistrats, s'est doublée du souci de centraliser la connaissance de cette dernière au niveau national. La création d'un « *Conseil supérieur de la magistrature* », a effectivement permis d'améliorer le contrôle de la discipline du siège, par l'Exécutif (1^o) puis par le Parlement (2^o).

1^o) Le contrôle de l'Exécutif sous la III^{ème} République

187. Encore une fois, il convient de replacer le choix de l'institution disciplinaire sous la III^{ème} République, dans son contexte. Les débats préparatoires à la loi sur l'organisation judiciaire furent engagés seulement trois ans après la consécration de la « *République aux républicains* »⁵²⁵, avec pour dernière étape, la démission du Maréchal de Mac-Mahon de la présidence de la République, le 30

⁵²⁴ M. Karsenty, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, thèse de doctorat, L'auteur, Université d'Aix-Marseille, 1961, p.173.

⁵²⁵ M. Morabito, D. Bourmaud, *op. cit.*, p. 309.

janvier 1879. Trois traits majeurs devaient en résulter : d'une part, l'esprit du nouveau régime était fortement empreint d'un jacobinisme difficilement conciliable avec le maintien d'une discipline diffuse au niveau des tribunaux et des cours ; d'autre part, l'élection de Jules Grévy à la présidence de la République, impliquait une lecture des relations entre les pouvoirs, défavorable au Pouvoir exécutif⁵²⁶ ; enfin, une sorte d'épée de Damoclès pesait sur la magistrature, suspectée d'être majoritairement acquise aux idées monarchistes et bonapartistes. Dans ce contexte, la place du gouvernement en matière disciplinaire, a évolué d'une position d'omnipotence vers une situation d'omniprésence.

188. C'est ainsi que le principe d'un organe disciplinaire unique et centralisé, d'une part, et s'intercalant entre les magistrats et le garde des Sceaux, d'autre part, fut assez aisément admis par la classe politique. En revanche, il existait quelques divergences quant à la composition et à l'étendue de la compétence de cet organe, que la loi allait désigner sous l'appellation de : « *Conseil supérieur de la magistrature* ». Dans le premier projet de loi déposé sur le bureau de la Chambre des députés par le Ministre de la justice, Devèze, le 29 janvier 1883⁵²⁷, il fut proposé d'instaurer une dualité organique au sein de cet organe. La formation de base du Conseil, chargée de la discipline des magistrats du siège des cours d'appel et des juridictions inférieures, était composée de quinze conseillers à la Cour de cassation élus par l'Assemblée générale de celle-ci. En revanche, les membres de la Cour de cassation devaient relever de la compétence de son Assemblée générale.

Ce projet ne fut cependant pas discuté, et un nouveau texte fut déposé le 10 mars 1883 par Martin-Feuillé, le successeur de Devèze à la Chancellerie. La dissociation organique était maintenue. Dans sa formation de principe, le Conseil était composé du premier président de la Cour de cassation, de quatre conseillers issus de celle-ci et élus par leurs pairs, de cinq premiers présidents de cours d'appel élus par les premiers présidents de France et d'Algérie, et de cinq conseillers d'Etat élus par leurs pairs en service ordinaire. Le choix de la participation de membres du Conseil d'Etat à cette deuxième formation, avait été essentiellement justifiée par le refus d'un organe dégagé de tout élément politique : « *La présence des membres du Conseil d'Etat, mêlés aux questions administratives et politiques mais exerçant eux aussi au moins par occasion des attributions judiciaires avec une indépendance à laquelle il faut rendre hommage, imprimeront au Conseil, un caractère mixte en y*

⁵²⁶ Sur la « *Constitution Grévy* », voir par exemple, M. Morabito, D. Bourmaud, *op. cit.*, p. 329.

⁵²⁷ Journal officiel, 1883, Documents parlementaires de la Chambre des députés, p. 35. Cité in M. Karsenty, *op. cit.*, p.173.

introduisant dans une certaine mesure un élément politique et gouvernemental »⁵²⁸. Les membres de la Cour de cassation conservaient toutefois leur privilège de juridiction, en continuant à relever de la compétence de son Assemblée générale.

Néanmoins, soucieux de contenir l'influence des magistrats et du gouvernement, la commission saisie du projet à la Chambre des députés, proposa une modification de la composition de la formation de base du Conseil. Il s'agissait de la rendre plus conforme à l'évolution du régime de la III^{ème} République, en y renforçant la place des assemblées parlementaires. Le Conseil devait dès lors comprendre le premier président de la Cour de cassation, et quatorze autres membres de cette institution, dont cinq auraient été élus respectivement par le Sénat et la Chambre des députés, contre seulement quatre par la Cour elle-même. Le Conseil d'Etat était en revanche exclu. A l'inverse des solutions du gouvernement et de la chambre basse, le Sénat se prononça en faveur d'une formation strictement judiciaire et apparemment imperméable aux influences partisans. La commission saisie du Sénat estima en effet à l'unanimité⁵²⁹, que non seulement les membres du Conseil devaient être uniquement issus de la Cour de cassation, mais en outre que leur désignation ne devait pas être dissociée des formations juridictionnelles de celle-ci⁵³⁰. Si l'idée de confier la compétence disciplinaire à l'une des chambres de la Cour de cassation, fut initialement envisagée, elle fut néanmoins rejetée par crainte que la chambre désignée, « *par une infiltration lente, ne devienne une chambre politique* »⁵³¹. C'est pourquoi, le choix se porta finalement sur l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Le Conseil supérieur de la magistrature était uniquement compétent à l'égard des magistrats du siège, mais non vis-à-vis des magistrats du parquet et des juges des tribunaux de commerce et des conseils de prud'hommes. L'affaire dont il était saisi faisait au préalable l'objet d'une instruction, et le Conseil pouvait citer le magistrat intéressé devant lui afin qu'il présente sa défense. Cette citation, contenant les faits reprochés, devait être transmise au magistrat par le greffier de la juridiction d'appartenance, huit jours au moins avant la date de comparution. L'audience avait lieu à huis-clos. Trente-trois conseillers de la Cour de cassation devaient être présents pour que le Conseil puisse statuer, tandis que le gouvernement était représenté par le procureur général, et que le magistrat pouvait avoir recours au ministère d'un avocat

⁵²⁸ Propos tenus par le garde des Sceaux. Cités in *ibid.*, p.175.

⁵²⁹ M. Karsenty, *op. cit.*, p.175.

⁵³⁰ Rapport de Tenaille-Saligny, JO, Documents parlementaires, Sénat, 1883, p. 236. Cité in Maurice Karsenty, *op. cit.*, p.175.

⁵³¹ M. Karsenty, *op. cit.*, p.176.

au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Le Conseil, uniquement compétent pour statuer sur les faits dont il avait été saisi, pouvait prononcer quatre catégories de sanctions : censure simple, censure avec réprimande entraînant suspension de traitement pendant un mois, suspension provisoire de fonctions entraînant également suspension de traitement, et déchéance. Les mesures prises par le Conseil supérieur de la magistrature étaient insusceptibles d'appel, de cassation, voire de recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat pour sa part s'étant, notamment à l'occasion d'un arrêt « *Le Scornet* » du 13 juillet 1931⁵³², refusé à connaître des mesures se rattachant aux attributions de la Cour de cassation, statuant comme Conseil supérieur de la magistrature.

189. Parallèlement à sa compétence disciplinaire à l'égard des magistrats du siège, le Conseil supérieur se vit reconnaître une compétence en matière de déplacement et de mise à la retraite d'office. Cette dernière compétence ne posait pas réellement de difficulté. Il s'agissait d'assurer l'effectivité de la loi du 16 juin 1824, concernant la mise à la retraite des magistrats que des infirmités graves et permanentes mettraient hors d'état d'exercer leurs fonctions. L'article 15 alinéa 2 de la loi du 30 août 1883 autorisait ainsi à mettre d'office à la retraite les magistrats remplissant ces conditions, sous réserve de l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. Mais il en allait autrement pour le déplacement d'office, prononcé en dehors de toute sanction disciplinaire. Cette compétence avait été prévue initialement dans le premier projet, du 9 janvier 1883, puis reprise dans celui du 10 mars 1883. Ces textes reconnaissaient au garde des sceaux, non seulement le pouvoir de déplacer, mais également de remplacer les magistrats, sur avis conforme du Conseil. Or, dans le contexte de l'époque, marqué par une volonté d'épurer la magistrature de ses éléments monarchistes et bonapartistes, de telles mesures pouvaient raisonnablement apparaître comme des moyens détournés pour atteindre cet objectif. Sous la pression des parlementaires⁵³³, seule la règle du déplacement d'office fut maintenue, après avoir été fermement encadrée.

Au terme de l'article 15 alinéa 1^{er} de la loi du 30 août 1883, le magistrat pouvait uniquement être déplacé sur l'avis conforme du Conseil supérieur, sans qu'il puisse faire l'objet d'un changement de fonctions, ni d'une diminution de classe ou de traitement. La crainte d'une mainmise du gouvernement était telle, que jusqu'à la Première Guerre mondiale, cette procédure fut rarement mise en œuvre. Sur les vingt

⁵³² S.1932-3-87.

⁵³³ Voir à ce sujet : A.M. Mallet, *La responsabilité des juges dans les débats parlementaires de la fin du XIXe siècle*, in AFHJ, *Juger les juges...*, op. cit., p. 179 ; Commentaire de la loi des 30-31 août 1883, « *Loi sur la réforme de l'organisation judiciaire* », Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, 1883, pp. 58-69.

demandes formulées par le garde des Sceaux au cours de cette période, la moitié furent rejetées par la Cour de cassation. C'est pourquoi, une loi du 12 juillet 1883 vint remplacer la compétence de celle-ci, par celle d'une commission exclusivement composée de magistrats⁵³⁴.

190. Cependant, en dépit de son caractère relativement protecteur, force est de constater que le système mis en place sous la III^{ème} République, dénoncé pour son corporatisme, s'est construit en réaction à l'omnipotence du gouvernement en matière disciplinaire. Le Conseil supérieur a été composé uniquement de magistrats, afin d'en exclure la présence d'agents du Pouvoir exécutif. De la même façon, le déplacement d'office a été fermement encadré, afin d'en limiter le recours par le gouvernement. A cet égard, la version initiale du projet ayant conduit à la loi du 12 juillet 1918, prévoyait la nomination des six conseillers de la commission, par le garde des Sceaux. En dépit de ces mesures, le Pouvoir exécutif a d'ailleurs continué à occuper une place importante en matière disciplinaire. Son omnipotence a laissé place à une omniprésence. En vertu de la loi du 30 août 1883, le garde des Sceaux était la seule autorité compétente pour saisir le Conseil supérieur de la magistrature. Il disposait en outre d'un droit de surveillance et de réprimande à l'égard des magistrats de toutes les juridictions civiles et commerciales, et il pouvait les mander auprès de lui afin de recevoir des explications sur les faits qui leur étaient imputés. Enfin et surtout, le gouvernement conservait une certaine maîtrise de la composition du Conseil supérieur, par le biais du système de l'avancement.

2°) Le contrôle du Parlement sous la IV^{ème} République

191. Par opposition au système disciplinaire de la III^{ème} République, celui de la IV^{ème} République a été institué et a évolué dans le sens d'une omniprésence parlementaire. Déjà, le premier projet de Constitution en 1946⁵³⁵ avait prévu la création d'un Conseil supérieur de la magistrature composé de douze membres : le Président de la République, président ; le garde de sceaux, vice-président ; six personnalités élues pour six ans par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers ; et quatre magistrats élus par leurs pairs, pour un mandat de même durée. Le rapporteur général du projet, Pierre Cot, avait alors justifié cette composition essentiellement politique, en déclarant : « *Pour nous, en démocratie, la meilleure façon d'assurer la véritable indépendance, c'est de la faire garantir par les élus, les représentants du peuple. Pour ce faire, l'avancement des magistrats, l'organisation*

⁵³⁴ Loi du 12 juillet 1918, Dalloz, p. 251. Cette commission était composée du premier président de la Cour de cassation, et de six conseillers de cette dernière, élus par leurs pairs. La loi prévoyait également sa compétence, en matière de mise à la retraite d'office.

⁵³⁵ Projet du 19 avril 1946 soumis à référendum le 5 mai 1946.

*judiciaire dans son ensemble doivent être contrôlés et dirigés par un grand corps composé de représentants de magistrats et d'élus de la souveraineté nationale : le Conseil supérieur de la magistrature »*⁵³⁶.

Le Mouvement républicain populaire (MRP) ne partageait cependant pas cette conception. En conséquence, il devait inscrire la modification du Conseil supérieur de la magistrature dans son programme de campagne contre le projet constitutionnel, au point que dans le rapport qu'il présenta à la seconde Assemblée nationale constituante, Paul Coste-Floret devait estimer que la composition du Conseil, avait été un des points essentiels sur lesquels avait porté la campagne référendaire⁵³⁷. Dans le nouveau projet de Constitution, il fut en conséquence décidé de rééquilibrer la composition du Conseil supérieur, en permettant au Président de la République de désigner deux membres supplémentaires pour une durée de six ans. La solution avancée par Vincent de Moro-Giafferi, visant à ce que ces derniers soient nommés parmi les auxiliaires de justice et le personnel enseignant des facultés de droit, fut néanmoins combattue par le Président de la commission de la Constitution, André Philip, qui y voyait le rétablissement d'un « régime qui élimine des représentants soumis d'une certaine manière à la volonté populaire » et le risque de « retomber en fait dans le corporatisme »⁵³⁸. Finalement, l'article 83 du nouveau projet de Constitution devait prévoir que ces deux membres seraient désignés au sein des professions judiciaires, mais en dehors du Parlement et de la magistrature. Ce renforcement de l'influence du Président de la République au détriment de celle du Parlement, devait conduire Paul Coste-Floret à soutenir que : « *Le Conseil supérieur de la magistrature se tient à une égale distance d'une inadmissible subordination du judiciaire au politique et d'une inadmissible composition corporatiste* »⁵³⁹.

192. Mais, en raison de cette composition, l'influence politique et surtout parlementaire, restait en réalité importante. S'agissant en premier lieu du chef de l'Etat, il n'était pas certain que celui-ci se limite à une magistrature morale à l'occasion de la présidence du Conseil supérieur. En ce sens, le Doyen Vedel prenait soin de souligner dans son Cours de droit constitutionnel⁵⁴⁰ en 1949, que malgré

⁵³⁶ Assemblée nationale constituante, 2^e séance du 17 avril 1946, p. 1974. Cité in G. Masson, *op. cit.*, p. 237.

⁵³⁷ G. Masson, *op. cit.*, p. 238.

⁵³⁸ Assemblée nationale constituante, 2^e séance du 10 septembre 1946, pp. 3591 et s. Cité in G. Masson, *op. cit.*, p. 238.

⁵³⁹ Assemblée nationale constituante, 2^e séance du 10 septembre 1946, p. 3592. Cité in G. Masson, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁴⁰ G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel*, 1949, p. 461. Cité in *ibid.*, p. 245.

l'effort réalisé par la Constitution du 27 octobre 1946 pour assurer l'indépendance de la justice, son succès était étroitement lié à question de savoir si le Président de la République exercerait réellement une fonction d'arbitre, se plaçant à cet effet au-dessus des partis. Or, une réponse positive à cette question pouvait apparaître d'autant plus malaisée à soutenir, que le chef de l'Etat était alors élu par le Parlement. Pour sa part, Vincent Auriol, élu au premier tour avec un relatif consensus, semble avoir fait preuve d'une réelle indépendance et d'une volonté affirmée de se placer au dessus des partis. En outre, il était fermement engagé en faveur un renforcement de l'indépendance de la justice. En revanche, René Coty s'est trouvé immédiatement affaibli dans l'exercice de sa fonction, en raison de son élection au treizième tour de scrutin. Concernant en second lieu le garde des Sceaux, il convient de rappeler la situation d'extrême dépendance dans laquelle se trouvaient placés les ministres à l'égard des l'Assemblée nationale, pendant toute la durée de la IV^{ème} République. Ainsi en douze ans, dix-huit personnalités se sont succédées à la chancellerie, sous les vingt-deux gouvernements qu'a connu ce régime.

S'agissant en troisième lieu de l'Assemblée nationale, afin de prévenir une politisation de l'élection des six membres relevant de son suffrage, il fut décidé dès 1947 qu'il reviendrait à la commission du suffrage universel, des lois constitutionnelles, du règlement et des pétitions, de désigner ceux-ci. Cependant, dans l'hypothèse où cinquante députés au moins s'opposeraient au choix opéré, il était prévu qu'un scrutin public aurait lieu⁵⁴¹. Mais en 1950, suite au refus de la commission de proposer un candidat communiste, et à celui des groupes du Rassemblement du peuple français (RPF) et communiste, d'accepter celle d'un candidat de la Section française de l'internationale ouvrière (SFIO), douze tours de scrutin public furent nécessaires pour élire un nouveau membre du Conseil supérieur. En 1953, lors du renouvellement des six membres du Conseil et de leurs suppléants, tous les partis politiques de l'Assemblée nationale présentèrent leurs candidats, et quatorze tours furent nécessaires pour élire le sixième membre titulaire⁵⁴².

193. Au-delà de la composition, se posait la question des modalités pratiques d'organisation et de fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature. En effet, selon l'article 84 alinéa 2, l'instance se trouvait chargée d'assurer : « conformément à la loi, la discipline [des magistrats du siège], leur indépendance et l'administration des tribunaux judiciaires ». Afin de permettre son fonctionnement, furent adoptés dans les cinq premiers mois de l'entrée en vigueur de la Constitution, la loi du 1^{er} février 1947 relative à l'élection et au statut des représentants des

⁵⁴¹ G. Masson, *op. cit.*, p. 276.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 276.

magistrats au Conseil⁵⁴³, et la loi du 21 mars 1947 relative au statut des membres du Conseil supérieur de la magistrature élus par l'Assemblée nationale et ceux désignés par le Président de la République, ainsi que les dispositions communes à l'ensemble des membres du Conseil⁵⁴⁴. En revanche, il semble que le ministère de la justice, soucieux de ne pas voir son autorité réduite aux seuls magistrats du parquet, ait entravé l'exercice de ses attributions par le Conseil supérieur de la magistrature. D'une part, concernant la préparation des projets de loi relatifs à l'ordre judiciaire, la commission d'administration du Conseil s'était fixée un programme ambitieux, souvent en rapport avec l'inamovibilité. Celui-ci comprenait la réforme du statut de la magistrature, celui du juge d'instruction, et celui de la magistrature des territoires d'outre-mer. Étaient également à l'étude des questions telles que la protection des magistrats contre les attaques dont ils étaient susceptibles de faire l'objet dans l'exercice de leurs fonctions, ou encore celle relative au logement des magistrats. Or, comme le soulignait dès 1949, Camille Ambert à propos des projets du Conseil supérieur de la magistrature : « *Méthodiquement, la chancellerie les enterre ou plutôt elle ne les enterre pas, la lenteur administrative s'en charge, ou bien elle les rejette, quitte à régler le même problème par voie de circulaire* »⁵⁴⁵.

D'autre part, à l'occasion des débats sur les projets de loi relatifs au statut des membres du Conseil supérieur, le garde des sceaux avait déclaré qu'un nouveau projet serait déposé afin de préciser les conditions de fonctionnement de ce dernier. Le projet effectivement déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, le 20 avril 1948⁵⁴⁶, prévoyait explicitement que le Conseil conservait toutes les attributions dévolues à la Cour de cassation par les articles 13 et 14 de la loi du 30 août 1883. Le garde des Sceaux était seulement compétent pour autoriser le passage d'un magistrat du parquet au siège, tandis que le mouvement contraire supposait l'accord préalable du Conseil supérieur. Le texte n'ayant cependant pas encore été inscrit à l'ordre du jour au mois d'avril 1949, le garde des sceaux, interrogé sur le sujet au Conseil de la République, répondit qu'une : « *loi relative au CS était absolument indispensable pour régler les rapports du CS et du gouvernement et qu'un texte serait déposé avant le mois de mai* ». Mais ces paroles demeurèrent sans suite⁵⁴⁷.

⁵⁴³ Loi n° 47-235 du 1^{er} février 1947, JO, 2 février 1947, p. 1150.

⁵⁴⁴ Loi n° 47-421 du 22 mars 1947, JO, 12 mars 1947, p. 2258.

⁵⁴⁵ *Le CS va-t-il saisir l'AN de son cas ?*, Le Monde, 4 avril 1949. Cité in G. Masson, *op. cit.*, p. 260.

⁵⁴⁶ Projet de loi relatif au fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature et à l'exercice de ses attributions, documents parlementaires, AN, 1948, annexe n° 3938, p. 642.

⁵⁴⁷ *Conseil de la République*, 11 avril 1949, p. 942 et s.

3°) Conclusion du titre

194. Dans ce contexte d'abaissement de la magistrature, lié à la crainte d'une résurgence des parlements d'Ancien régime, l'inamovibilité donnait ainsi l'image d'une garantie bien illusoire à la veille de la V^{ème} République. L'écrivain Eugène Brieux s'en faisait déjà l'écho en 1900, dans une pièce intitulée *La robe rouge* : « ...*démissionnez si vous voulez rester honnêtes, j'en sais quelque chose ; depuis peu je suis guéri de la maladie qui change tant d'honnêtes gens en mauvais juges* »⁵⁴⁸. Sous la IV^{ème} République, le Président Auriol dénonçait encore la situation matérielle des magistrats appartenant aux échelons inférieurs. Pour appuyer ses propos, il évoquait l'exemple d'un juge obligé de jouer du piano dans une boîte de nuit, et d'un autre contraint de travailler dans une blanchisserie⁵⁴⁹. Le traitement d'un juge de vingt-cinq ans, n'était alors pas supérieur à celui d'un sergent de l'armée.

Or, à peine quelques années plus tard, devant le Comité consultatif constitutionnel, Michel Debré déclarait : « ...*Je crois...que, depuis des années et des années, l'affirmation d'inamovibilité n'a en aucune façon assuré l'indépendance de la magistrature* ». Plus loin, il ajoutait : « ...*on n'a pas le droit de croire à la valeur de l'inamovibilité comme garantie de l'indépendance* »⁵⁵⁰. Venant d'une personne chargée des fonctions de garde des Sceaux, sous le dernier gouvernement de la IV^{ème} République, de tels propos confinaient à la mauvaise foi. Néanmoins, la volonté du même «*de doter la France d'une magistrature digne de ce nom et de la République* », semblait alors faire présager, espoir qui s'est malheureusement trouvé pour partie déçu avec le recul, un véritable renouveau de l'inamovibilité (**Titre II**).

⁵⁴⁸ E. Brieux, *La robe rouge*, 1900. Cité in R. Bourdin, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁴⁹ V. Auriol, *Journal du septennat*, t. VII, 1953-1954, p. 972. Cité in G. Masson, *op. cit.*, p. 290.

⁵⁵⁰ Comité consultatif constitutionnel, séance du 5 août 1958, in DPS, vol. II, 1988, p. 163.

TITRE II . LA CONSECRATION

CONTEMPORAINE DE L'INAMOVIBILITE

195. En dépit de la diversité des catégories de magistrats inamovibles, il est possible de soutenir avec le Professeur Lavigne que, sous la V^{ème} République : « *L'inamovibilité des magistrats du siège dans le service public de la justice est pour ainsi dire l'étalon du régime d'inamovibilité* »⁵⁵¹. En effet, l'examen de la grande majorité des travaux consacrés à l'inamovibilité, y compris avant 1958, révèle un traitement de ce sujet sous deux angles. Ou bien l'étude porte exclusivement sur la situation des magistrats du siège de l'ordre judiciaire⁵⁵², ou alors celle-ci envisage prioritairement la situation de ces derniers, avant de rechercher d'autres bénéficiaires éventuels de cette garantie⁵⁵³. Les manuels de droit administratif, voire les codes commentés⁵⁵⁴, ne font pas exception à cette règle. Rares sont en conséquence les travaux qui cherchent à conceptualiser l'inamovibilité des magistrats dans le cadre plus large du service public de la justice.

La reconnaissance de l'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, au sein de la Constitution et de la loi organique, justifie d'ailleurs cette approche. Selon une conception normative, une Constitution se présente comme « *la loi fondamentale et suprême que se donne un peuple libre* »⁵⁵⁵. Il en résulte deux conséquences. D'une part, concernant son contenu, une Constitution a vocation à réunir « *l'ensemble des grands principes qui régissent l'organisation de l'Etat* »⁵⁵⁶. D'autre part, s'agissant de son rapport aux autres normes, elle correspond à « *l'ensemble des normes qui ont une valeur supérieure à celle des autres normes, qui*

⁵⁵¹ P. Lavigne, *op. cit.*, p. 166.

⁵⁵² J. Bonneton, *Considérations historiques sur l'inamovibilité de la magistrature en France*, éd. Dentu, Paris, 1878, 114 p. ; E. Basquin, *L'inamovibilité de la magistrature*, Lille, 1899, 159 p. ; A. Alasseur, *L'inamovibilité des juges et les Constitutions françaises*, Paris, 1903, 142 p. ; R. Bourdin, *L'inamovibilité de la magistrature coloniale*, L'auteur, Paris, 1949, 265 p.

⁵⁵³ T. S. Renoux, *Inamovibilité*, in O. Duhamel, Y. Meny, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1^{ère} éd., 1992, pp. 490-493, S. Manson, *La notion d'indépendance en droit administratif*, L'auteur, Paris, 1995, p. 378.

⁵⁵⁴ M. Conan, A. Doyelle, B. Poujade, et J.-P. Vachia, *Code des juridictions financières*, éd. Le Moniteur, Paris, 2^e éd., 2007, p. 91.

⁵⁵⁵ E. Zoller, *Droit constitutionnel*, PUF, Droit fondamental, Paris, 2^e éd., 1999, p. 31.

⁵⁵⁶ J. Barthélémy et P. Duez, *op. cit.*, 1926, p. 187.

peuvent servir de fondement de validité à d'autres normes et qui elles-mêmes ne sont fondées sur aucune norme juridique »⁵⁵⁷. Au-delà, la loi organique, « *matériellement constitutionnelle* »⁵⁵⁸, s'apparente à un prolongement détaillé de la Loi fondamentale. Vue sous ce prisme, l'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire fait effectivement figure d'exemple.

196. En conséquence, la propension de l'inamovibilité des magistrats à constituer un modèle, est conditionnée par la portée de l'inamovibilité dont bénéficient les magistrats du siège de l'ordre judiciaire. Le contexte de la V^{ème} République y est *a priori* favorable, en raison d'un renouveau de la place de la justice au sein de la société. En effet, l'année 1958 a été considérée par certains, comme « *la première grande rupture que connut l'institution* » judiciaire depuis la Révolution française⁵⁵⁹. La revalorisation de l'ordre judiciaire a alors coïncidé avec l'encadrement des pouvoirs du Parlement. Le tournant des années 1970, constitue la seconde grande rupture. A partir de cette époque, « *la justice aurait plus changé...qu'en plusieurs siècles* »⁵⁶⁰. La consolidation de l'ordre judiciaire est désormais liée à la « *judiciarisation* » croissante de la société.

Il est dès lors possible de se demander si l'inamovibilité des magistrats du siège, constitue une « *garantie fondamentale* », par analogie aux « *droits fondamentaux* » dont elle assure la protection. Trois conditions subordonnent l'existence d'un « *droit fondamental* » : il doit bénéficier d'une valeur supralégislative ; son respect doit pouvoir être demandé devant une juridiction ; et il doit être suffisamment précis pour pouvoir être invoqué. Or, si l'inamovibilité de ces magistrats répond manifestement aux deux premières exigences (**Chapitre 1**), elle souffre en revanche d'une réelle imprécision (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Une garantie supralégislative juridictionnellement assurée

Chapitre 2. Une garantie statutaire au contenu imprécis

⁵⁵⁷ G. Burdeau, F. Hamon, et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Manuel, Paris, 26^e éd., 1999, p. 23.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 47.

⁵⁵⁹ J.-P. Jean. Cité in J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 853.

⁵⁶⁰ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 883.

CHAPITRE 1 . Une garantie supralégislative juridictionnellement assurée

197. L'inamovibilité apparaît historiquement comme l'archétype de la garantie violée. Longue est la liste des régimes qui, depuis sa reconnaissance jusqu'aux premières années de la V^{ème} République l'ont enfreint. Ce constat relève du paradoxe, dans la mesure où rarement une règle relative aux droits et libertés de l'individu, aura bénéficié d'un tel degré de consécration au sein des textes constitutionnels. Sous réserve des Lois constitutionnelles de 1875, l'inamovibilité a été réaffirmée par toutes les Constitutions qui se sont succédées depuis 1791. Selon Claude Gour, la parenthèse constituée par la III^{ème} République supposerait néanmoins d'être relativisée, puisque : « *La règle de l'inamovibilité, sauf suspensions légales qui sont a contrario une preuve de son existence positive, n'a jamais cessé d'être de droit positif* »⁵⁶¹. Par ailleurs, avant 1958, un organe constitutionnel distinct des Pouvoirs législatif et exécutif, a été à plusieurs reprises chargé par les textes, de veiller au respect de cette garantie. La Constitution du 22 frimaire an VIII et celle du 27 octobre 1946 prévoyaient respectivement l'institution d'un Sénat conservateur et d'un Comité constitutionnel, chargés d'assurer le respect du corps de la Constitution, dans lequel l'inamovibilité était intégrée⁵⁶². De même, la Constitution du 14 janvier 1852 confiait expressément compétence au Sénat pour contrôler les actes « *qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte...au principe de l'inamovibilité de la magistrature* »⁵⁶³. La Constitution de la IV^{ème} République présente une spécificité supplémentaire, concernant le champ de compétence du Comité constitutionnel. Effectivement, son article 92 limitait cette compétence au contrôle du respect des Titres I^{er} à X de la Constitution. En conséquence, les droits et libertés énoncés dans le Préambule de ce texte, se trouvaient exclus du bloc de constitutionnalité, à l'inverse de l'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire.

Cependant, force est de souligner que ces garanties normatives et organiques en faveur de l'inamovibilité des magistrats, sont demeurées éminemment théoriques. Le cadre juridique offert par la V^{ème} République s'inscrit, de ce point de vue, en

⁵⁶¹ C. Gour, *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif : problèmes de compétence*, LGDJ, Paris, 1960, p. 338.

⁵⁶² Article 21 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, et 91 de la Constitution du 27 octobre 1946.

⁵⁶³ Plus précisément, l'article 26 de la Constitution prévoyait que « *le Sénat s'oppose à la promulgation...des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte...au principe de l'inamovibilité de la magistrature.*

rupture par rapport à l'état du droit constitutionnel antérieur, en ce qu'il a été marqué par la reconnaissance effective de la valeur supralégislative de l'inamovibilité des magistrats (**Section 1**), et par la confirmation de l'essor d'une protection juridictionnelle de celle-ci (**Section 2**).

SECTION 1 . La valeur supralégislative de l'inamovibilité

198. La Constitution du 4 octobre 1958 s'est distinguée des instruments constitutionnels antérieurs, par l'acquisition d'une valeur juridique supralégislative réelle. L'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois, prévu aux articles 61 et 62 de ce texte⁵⁶⁴ et assuré par le Conseil constitutionnel, a permis de subordonner la norme législative au respect de la Constitution. Il en est résulté une double conséquence normative pour l'inamovibilité des magistrats. De manière directe, cette garantie a acquis une pleine valeur constitutionnelle avec la décision du 26 janvier 1967⁵⁶⁵, par laquelle le Conseil s'est expressément référé au quatrième alinéa de l'article 64 de la Constitution. En outre, l'inamovibilité ayant pour finalité la protection des justiciables, son statut constitutionnel s'est vu conforté par les décisions du 16 juillet 1971, dite « *Liberté d'association* »⁵⁶⁶, et du 15 janvier 1975, dite « *IVG I* »⁵⁶⁷, qui ont intégré le Préambule de la Constitution parmi les normes de référence au contrôle de constitutionnalité. De manière indirecte, l'inamovibilité a été replacée dans un contexte européen et international. Le Conseil constitutionnel, suivi par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, a en effet donné toute leur portée aux dispositions constitutionnelles relatives à la primauté du droit international, et au caractère moniste de l'ordre juridique français⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ Avec l'institution du dispositif dit de la « Question prioritaire de constitutionnalité », lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, il convient d'évoquer également aujourd'hui, l'article 61-1 de la Constitution.

⁵⁶⁵ CC, décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967.

⁵⁶⁶ CC, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

⁵⁶⁷ CC, décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.

⁵⁶⁸ Alinéa 14 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* ». Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve de leur application par l'autre partie* ».

Dans ces conditions, la Constitution du 4 octobre 1958 a participé d'un renouveau de la valeur de l'inamovibilité. D'une part, alors qu'elle se trouvait liée à la « *Constitution politique* » de l'Etat, l'inamovibilité a été replacée par rapport à la « *Constitution sociale* » de celui-ci (§ 1). D'autre part, tandis qu'elle semblait constituer une particularité du droit français, dépendante des autorités nationales, l'inamovibilité apparaît désormais insérée dans un cadre transcendant les frontières nationales (§ 2).

§ 1. La valeur constitutionnelle renouvelée de l'inamovibilité

199. « *Le caractère constitutionnel de l'inamovibilité ne pourrait faire de doute si, admettant la théorie des droits pouvoirs, on considèrerait la justice comme un pouvoir autonome, distinct, égal et indépendant de l'exécutif et du législatif* »⁵⁶⁹. Cette manière de concevoir la nature de l'inamovibilité, a rythmé son élévation et sa déchéance constitutionnelles, depuis la Révolution jusqu'à la V^{ème} République. Le fait de lier son destin constitutionnel à l'existence d'un « pouvoir judiciaire », a agi comme un repoussoir pour la majorité des régimes politiques, craignant un retour des parlements d'Ancien Régime. Aussi, consacrer l'inamovibilité, c'était risquer de les voir renaître. Au contraire, l'exclure ou épurer la magistrature, c'était les prévenir. Or, les rédacteurs de la Constitution du 4 octobre 1958 se sont apparemment inscrits en rupture avec cette conception, en dissociant l'inamovibilité de la question de l'existence d'un « pouvoir judiciaire » (A), au profit de la protection du justiciable (B).

A. Une affirmation dissociée de la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire

200. Depuis 1791, les rédacteurs des Constitutions successives s'étaient gardés de trancher la question de l'existence d'un « pouvoir judiciaire ». Il en est allé autrement en 1958, avec l'institution d'une Autorité judiciaire (1°), et l'exclusion conséquente d'un « pouvoir juridictionnel » (2°).

1°) L'institution d'une Autorité judiciaire

201. Les « pères fondateurs » de la Constitution du 4 octobre 1958, le Général de Gaulle et Michel Debré, n'avaient pas, semble-t-il, d'idée arrêtée quant à la mise en

⁵⁶⁹ C. Carisch, *op. cit.*, p. 32 ; L. Ducom, *op. cit.*, p. 83.

place d'une « *autorité* » ou d'un « *pouvoir* » judiciaire. Douze ans plus tôt, à l'occasion du discours de Bayeux du 16 juin 1946, le Président du Conseil s'était explicitement référé à une conception ternaire de la séparation des pouvoirs : « *Certes, il est de l'essence même de la démocratie que les opinions s'expriment et qu'elles s'efforcent par le suffrage d'orienter suivant leur conception l'action publique et la législation. Mais aussi, tous les principes et toutes les expériences exigent que les Pouvoirs publics : législatif, exécutif, judiciaire, soient nettement séparés et fortement équilibrés...* »⁵⁷⁰. De la même manière, jusqu'à la présentation des travaux devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 27 août 1958, le Garde des Sceaux s'est référé indistinctement aux deux notions, alors même que, comme le souligne le Professeur Renoux, il avait proposé au Comité interministériel le 19 août précédent, d'opter pour le qualificatif d' « *autorité judiciaire* »⁵⁷¹. L'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle qui fut soumis par le Gouvernement aux parlementaires, en vue de modifier la procédure de révision de la Constitution, illustre d'ailleurs cette absence de préjugé. Parmi les « *cinq principes directeurs* » de fond, dont le respect était demandé, figurait en effet celui suivant lequel : « *Le pouvoir judiciaire doit demeurer indépendant des autres pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles* »⁵⁷².

Cependant, en séance devant l'Assemblée nationale, le Député Pierre-Henri Teitgen devait dénoncer le choix de cette qualification, au nom de la conception de la séparation des pouvoirs issue de la Révolution : « *En France, il n'y a pas de pouvoir judiciaire, mais une autorité judiciaire, et elle est chargée d'appliquer la loi... C'est du Montesquieu pur* »⁵⁷³. La raison de cette opposition catégorique, trouve sa source dans la crainte des parlementaires de voir le Parlement réduit à une fonction secondaire, comme le révèle ce propos du Professeur Teitgen : « *On nous propose de hausser l'autorité judiciaire au rang de pouvoir et parce qu'elle devient un pouvoir on lui permet de contrôler la constitutionnalité des lois, c'est à dire de déclarer que*

⁵⁷⁰ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. I, La documentation française, Paris, 1987, p. 5.

⁵⁷¹ D. Mauss, L. Favoreu, J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Actes du colloque du XXXe anniversaire, à Aix-en-Provence les 8, 9 et 10 septembre 1988, PUF-Economica, Droit public positif, Paris, 1992, p. 678.

⁵⁷² Selon J.-L. Debré, dans sa thèse de doctorat : *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, LGDJ, Paris, 1974, p. 148, cette formule aurait été rédigée par le Général lui-même. Le Professeur Renoux est plus nuancé, précisant que l'exposé des motifs avait été rédigé par Michel Debré, et relu et corrigé par le président du Conseil.

⁵⁷³ Procès verbal de la commission du suffrage universel de l'Assemblée nationale, du 1^{er} juin 1958, DPS, Vol. I, 1987, p. 148.

*telle loi votée par le Parlement est annulée parce qu'elle viole la Constitution. C'est le gouvernement des juges »*⁵⁷⁴.

202. La rédaction de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, qui fut retenue à l'issue des débats, tire expressément les conséquences de ce refus de reconnaissance d'un « pouvoir judiciaire ». D'une part, le 1^o de cette loi dispose que : « *Seul le suffrage universel est source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif* ». *A contrario*, les magistrats de carrière n'étant pas élus, il n'était pas envisageable de reconnaître l'existence d'un « pouvoir judiciaire ». D'autre part, le 4^o du même texte visait expressément « *l'autorité judiciaire* ». Or, par la suite, dans aucune des phases des travaux préparatoires à la constitution du 4 octobre 1958, la formule « *Du Pouvoir judiciaire* » n'a été retenue comme intitulé du titre VIII.

Cette exclusion *ab initio* de la reconnaissance d'un tel pouvoir, rompt avec les textes antérieurs, lesquels ont le plus souvent entretenu le doute sur la consécration de celui-ci. En ce sens, la Constitution royale du 3 septembre 1791⁵⁷⁵, les Constitutions républicaines des 5 fructidor an III⁵⁷⁶ et 4 novembre 1848⁵⁷⁷, et l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815⁵⁷⁸, prévoyaient expressément un titre ou un chapitre intitulé : « *Du Pouvoir judiciaire* ». Dans le Sénatus-consulte du 28 floréal an XII, et dans les Chartes royales des 2 mai 1814 et 14 août 1830, la division consacrée à la justice, était simplement intitulée : « *De l'ordre judiciaire* ». Néanmoins, ces régimes politiques s'étaient ouvertement inspirés de l'Ancien Régime. En conséquence, le recours au terme « *ordre* » pouvait entretenir une certaine ambiguïté. Ainsi, dans la première édition du dictionnaire de l'Académie française de 1694, les ordres étaient définis comme : « *les corps qui composent un Etat...En France les Etats sont composez des trois ordres ; l'ordre Ecclésiastique, l'ordre de la Noblesse, & le tiers Etat* ». Or, il convient de rappeler que dans les deux derniers siècles de l'Ancien Régime, les parlements avaient prétendu constituer un « *quatrième ordre* ».

A cet égard, les III^{ème} et IV^{ème} Républiques n'ont pas dérogé à la règle. La question du « pouvoir judiciaire » est demeurée en suspens, au moins dans la doctrine, pendant toute leur durée. Sous la III^{ème} République, la justification et la

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 148.

⁵⁷⁵ Chapitre V du titre III.

⁵⁷⁶ Titre VIII.

⁵⁷⁷ Chapitre VIII.

⁵⁷⁸ Titre V.

théorisation des épurations de la magistrature à chaque changement de régime, a essentiellement reposé sur la crainte de voir émerger un « contre-pouvoir judiciaire », acquis aux idées monarchistes ou bonapartistes. Sous la IV^{ème} République, le choix de l'intitulé du titre IX de la Constitution : « *Du Conseil supérieur de la magistrature* », pouvait nourrir le doute. Organe du « pouvoir judiciaire », le Conseil supérieur se serait inséré entre le Parlement et le Conseil des ministres, dans la trinité des pouvoirs censée former la souveraineté.

203. En conséquence, l'inamovibilité des magistrats du siège, formellement réaffirmée dans la Constitution du 4 octobre 1958, s'est trouvée clairement dissociée de l'idée d'un « pouvoir judiciaire ». Cependant, comme le soulignaient les Professeurs Barthélémy et Duez en 1926 : « *La magistrature inamovible, la magistrature assise, (est) celle qui peut être considérée comme incarnant le « pouvoir judiciaire »* ». Dans ces circonstances, l'absence de consécration explicite d'un « pouvoir judiciaire », était susceptible d'être compensée par une certaine adéquation entre la magistrature du siège et l'administration de la justice. Une Autorité judiciaire centrée sur les magistrats inamovibles, aurait été révélatrice d'un « pouvoir judiciaire ».

Les Constitutions qui se sont succédées jusqu'en 1958, se sont en effet essentiellement focalisées sur la magistrature assise, dans leurs développements relatifs à la justice. Ainsi, la Constitution du 3 septembre 1791 prévoyait que : « *La justice sera rendue...par des juges élus* »⁵⁷⁹, ces derniers étant inamovibles. De la même façon, la Constitution du 5 fructidor an III opposait clairement les juges inamovibles, aux Pouvoirs législatif et exécutif. Son article 203 était en ce sens, ainsi rédigé : « *Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni faire aucun règlement. – Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* »⁵⁸⁰. L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire se contentait lui aussi de viser les juges, dans son chapitre : « *Du Pouvoir judiciaire* ». Plus explicites, les Chartes royales de la Restauration et de la Monarchie de Juillet, contenaient deux dispositions complémentaires suivant lesquelles : « *Toute justice émane du Roi. Elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue* »⁵⁸¹ ; et « *Les juges nommés par le Roi sont inamovibles* »⁵⁸². Sous la République personnelle du Prince-président et le Second Empire, la seule référence aux fonctions judiciaires,

⁵⁷⁹ Article 2, chapitre V, titre III.

⁵⁸⁰ Article 203.

⁵⁸¹ Respectivement, les articles 57 et 48 des Chartes du 4 juin 1814 et du 14 août 1830.

⁵⁸² Respectivement, les articles 58 et 49 des mêmes textes.

résidait dans l'affirmation de la garantie de l'inamovibilité de la magistrature. Pour sa part, la Constitution du 14 janvier 1852 prévoyait que : « *Le Sénat s'oppose à la promulgation, - 1° Des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte...au principe de l'inamovibilité de la magistrature* » (art. 26). Et le Sénatus-consulte du 21 mai 1870, confiant la garde de ce principe à l'Empereur, précisait dans son article 15, que : « *L'inamovibilité de la magistrature est maintenue* ». Enfin, sous la IV^{ème} République, la Constitution prévoyait uniquement un titre intitulé : « *Du Conseil supérieur de la magistrature* ». Ce faisant, elle se concentrait sur les magistrats du siège au détriment de ceux du parquet.

A la différence de leurs prédécesseurs, les rédacteurs de la Constitution de la V^{ème} République sont revenus sur ce rapport d'adéquation entre l'administration de la justice et la magistrature inamovible. La première version de l'avant-projet de Constitution, présentée aux alentours du 10 juillet 1958, prévoyait déjà que : « *La justice est rendue par un corps de magistrats...* »⁵⁸³. La notion de corps visait en principe, non seulement les magistrats du siège, mais également ceux du parquet. La rédaction du 19 juillet 1958, disposait plus largement dans un article 60, que : « *L'indépendance des magistrats est assurée par la loi* »⁵⁸⁴. Lors de la séance du 31 juillet 1958 devant le Comité consultatif constitutionnel, le Député Chazelle devait se prononcer en ces termes, à l'égard de cette disposition : « *La formule employée à l'article 61 semble indiquer que l'indépendance est la qualité reconnue à tous les magistrats, qu'ils soient du siège ou du parquet. En cela, le texte proposé, ou plutôt l'idée qu'il traduit, constitue une nouveauté certaine dans notre droit. Laissez-moi vous dire que l'indépendance des magistrats du parquet en tant que telle a, depuis la Révolution française jusqu'à ce jour, été ignorée en fait* »⁵⁸⁵. Dans la version finale du texte soumis à référendum, la formule du 19 juillet a finalement laissé place à une disposition ainsi rédigée : « *Une loi organique porte statut des magistrats* ». Ainsi, dépassant le cadre des seuls magistrats du siège, l'Autorité judiciaire s'est trouvée étendue plus largement aux magistrats du corps judiciaire.

2°) La réfutation d'un pouvoir juridictionnel

204. La référence à la notion d'« *autorité* » au détriment de celle de « *pouvoir judiciaire* », dans le 4° de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, était susceptible d'être interprétée de deux manières. D'une part, elle pouvait être comprise comme l'affirmation du caractère secondaire de la fonction judiciaire, en

⁵⁸³ DPS, Vol. I, 1987, p. 425.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 467.

⁵⁸⁵ DPS, Vol. II, 1988, p. 108.

comparaison des fonctions législative et exécutive. Les propos tenus par le Député Pierre-Henri Teitgen, devant l'Assemblée nationale, vont en ce sens. D'autre part, elle pouvait signifier la reconnaissance implicite d'un « pouvoir juridictionnel », regroupant l'Autorité judiciaire et l'« Autorité juridictionnelle administrative ». Si l'existence d'un tel pouvoir n'a jamais été admise formellement au cours de l'histoire constitutionnelle de la France, elle n'en a pas pour autant été totalement exclue. Ainsi, l'article 89 de la Constitution du 4 novembre 1848 prévoyait que : « *Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seront réglés par un tribunal spécial composé de membres de la Cour de cassation et de conseillers d'Etat...* ». Or, la particularité de cette brève parenthèse républicaine, réside dans la reconnaissance d'une justice déléguée à la juridiction administrative, vingt-quatre ans avant l'intervention de la loi du 24 mai 1872. Cependant, il est vrai que la longue période comprise entre la loi des 16 et 24 août 1790, consacrant le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, et les travaux préparatoires à la Constitution du 4 octobre 1958, a été essentiellement marquée par le rejet de toute idée d'une connexion entre ces deux autorités.

205. Pourtant, ce débat s'est implicitement ouvert à l'occasion des travaux préparatoires à la Constitution de 1958, consacrés à la justice judiciaire. En effet, dans sa rédaction initiale des alentours du 10 juillet 1958, l'avant-projet prévoyait un intitulé relativement large. Celui-ci visait « *...la Justice* », sans autre précision. Cette formulation fut maintenue dans les versions successives du projet, des 15 juillet, 19 juillet, 23 et 25 juillet, ainsi que des 26 et 29 juillet 1958. Aussi, lors de la séance du 5 août devant le Comité constitutionnel, son Vice-président, René Dejean, ainsi que Paul Coste-Floret, s'interrogèrent sur sa portée. En raison de la généralité de ce titre, ils soulignèrent que la disposition suivant laquelle « *les magistrats du siège sont inamovibles* », devait pouvoir concerner aussi bien les juges des juridictions administratives, que les magistrats du siège de l'ordre judiciaire⁵⁸⁶.

Partageant cet avis, Marc Lauriol développa deux arguments en ce sens. D'une part, il faisait découler le bénéfice de l'inamovibilité de la qualité de magistrat. A cette fin, il relevait que la réforme de 1953 qui avait vu naître les tribunaux administratifs, justifiait que les conseillers de ces juridictions puissent « *prétendre à la qualité de magistrats* »⁵⁸⁷. Non seulement cette dernière notion ne revêtait pas un caractère précis, mais en outre la réforme avait « *singulièrement* » rapproché l'organisation des deux ordres de juridiction, administratif et judiciaire. Marcel Waline, fut encore plus catégorique. Pour celui-ci, « *Les magistrats qui jugent les*

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 159.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 162.

procès administratifs sont bien des magistrats... »⁵⁸⁸. D'autre part, Marc Lauriol notait que les développements du titre VIII de l'avant-projet, à la différence des dispositions du titre IX de la Constitution du 27 octobre 1946, ne visaient pas exclusivement la justice judiciaire : « Il me semble donc que les juges des tribunaux administratifs pourraient être amenés à invoquer le titre VIII actuel en leur faveur, et ils auraient comme argument le fait que la Constitution de 1946, dans ses articles 83 et 84, faisait expressément allusion à l'ordre judiciaire, à la profession judiciaire, à l'article 83 et à l'organisation des travaux de l'administration et des tribunaux judiciaires à l'article 84. De sorte que si l'on pouvait dire que le titre IX de la Constitution de 1946 s'appliquait incontestablement à l'ordre judiciaire, on ne peut plus en dire autant aujourd'hui, puisque le texte a supprimé la référence au judiciaire »⁵⁸⁹. En conséquence, la disposition relative à l'inamovibilité des magistrats du siège, pouvait concerner indistinctement les juges judiciaires et administratifs.

206. Confronté à cette question, le Garde de Sceaux Michel Debré devait, dans un premier temps, la rejeter sur le terrain des garanties d'indépendance. D'un côté, il déniait une telle vertu à l'inamovibilité. Selon lui : « Depuis des années et des années, l'affirmation d'inamovibilité n'a en aucune façon assurée l'indépendance de la magistrature. Nous sommes en présence d'une sorte de mythe. L'affirmation d'inamovibilité est en effet une sorte de garantie contre l'arbitraire, qui a peut-être compté à la fin du XIXe siècle, quand il n'y avait pas de carrières de fonctionnaires ni de statut de la fonction publique ». D'un autre côté, il estimait que les membres des juridictions administratives bénéficiaient de garanties d'indépendance suffisantes, voire autrement plus importantes que celles des magistrats de l'ordre judiciaire : « ...les magistrats de l'ordre administratif n'ont pas besoin d'inamovibilité...car l'indépendance de la juridiction administrative et l'indépendance du Conseil d'Etat ont justement été le fait de la carrière garantie en ce qui concerne l'avancement, à la fois par des règles et par les autorités qui prenaient les mesures, et par le statut de cette juridiction »⁵⁹⁰.

Cependant, tout en acquiesçant le point de vue de Michel Debré quant à l'indépendance des membres du Conseil d'Etat⁵⁹¹, certains membres du Comité

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 166.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 162.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 163.

⁵⁹¹ En ce sens par exemple, l'opinion de M. Dejean, devant le Comité consultatif constitutionnel : « Par son recrutement, par le niveau juridique extrêmement élevé de ses membres, le Conseil d'Etat échappe à toutes les critiques », in *ibid.*, p. 166.

consultatif constitutionnel et du Conseil d'Etat, émirent deux objections. D'une part, était mise en exergue l'insuffisance de l'indépendance dont bénéficiaient les conseillers des tribunaux administratifs. En les opposant aux membres du Conseil d'Etat, René Dejean jugeait que ceux-ci n'étaient pas « *absolument indépendants vis-à-vis du pouvoir exécutif* »⁵⁹². De la même façon, le Président Josse prenait soin de souligner le caractère tardif et insuffisant de la réforme qui, transformant les conseils de préfecture en tribunaux administratifs, avait permis d'améliorer sensiblement l'indépendance de leurs membres⁵⁹³. De nouvelles garanties semblaient alors nécessaires. D'autre part, rappelant que l'inamovibilité constitue, quelque soit le jugement susceptible d'être portée à son égard, une garantie d'indépendance dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, certains estimèrent qu'il était peu cohérent de ne pas en faire bénéficier les membres des juridictions administratives⁵⁹⁴. Comme le releva non sans ironie Jean Foyer, cette exclusion apparaissait d'autant plus absurde, qu'elle était également refusée aux conseillers à la Cour des comptes, pourtant bénéficiaires d'une inamovibilité législative depuis 150 ans⁵⁹⁵. Mais l'argument le plus intéressant en faveur de l'extension de l'inamovibilité, exposé par Paul Coste-Floret, fut celui tiré de la corrélation entre la nature du contentieux et le degré d'indépendance rendu nécessaire. Dans la mesure où les juridictions administratives connaissent des litiges entre les particuliers et l'administration, ce besoin d'indépendance se faisait d'autant plus prégnant⁵⁹⁶.

207. Mais la véritable justification du refus d'une extension de l'inamovibilité, au-delà de la magistrature du siège de l'ordre judiciaire, ressort d'une parenthèse du Garde des Sceaux, formulée devant le Comité consultatif constitutionnel : « *restons fidèles au principe qui veut que la magistrature administrative n'existe pas, que ce sont simplement des fonctionnaires administratifs*

⁵⁹² Devant le Comité consultatif constitutionnel, in *ibid.*, p. 166.

⁵⁹³ Devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, in DPS, Vol. III, 1991, p. 380.

⁵⁹⁴ Ainsi, devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le président Josse soulignait que « *les raisons qui justifient le principe de l'inamovibilité sont tout aussi valables pour les membres du Conseil d'Etat, des tribunaux administratifs et de la Cour des comptes* », in *ibid.*, p. 380.

⁵⁹⁵ « *C'est une des juridictions administratives, sans doute, mais elle est organisée à la manière des tribunaux judiciaires. Or, l'article 7 de la loi du 16 septembre 1807 estime que la Cour des comptes prend place immédiatement après la Cour de cassation et jouit des mêmes prérogatives. Je crois, en ce sens, que, parmi ces prérogatives, entre l'inamovibilité de ses membres* », devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, in *ibid.*, p. 380.

⁵⁹⁶ « *Les magistrats qui jugent les procès administratifs sont bien des magistrats et il semble qu'ils aient besoin, peut-être même plus, de l'indépendance qui doit être celle des magistrats judiciaire puisque leur devoir de fonctions est précisément de trancher entre l'individu et les Pouvoirs publics. Par conséquent, ce sont des magistrats qui ont le plus besoin de voir leur indépendance assurée à l'égard des gouvernements* », devant le Comité consultatif constitutionnel, in DPS, Vol. II, 1988, p. 166. M. Dejean allait dans le même sens, in DPS, Vol. II, 1988, p. 166.

qui occupent des fonctions de juge ; il ne faut pas croire en une magistrature administrative, il faut croire à des fonctionnaires administratifs libres qui exercent des fonctions judiciaires »⁵⁹⁷. C'était là rappeler la conception française de la séparation des pouvoirs, issue de l'interprétation qui avait faite du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, à partir du XIXe siècle. Celle-ci rejetait toute idée d'une justice reposant sur un ordre juridictionnel unique. Dans la mesure où les membres des juridictions administratives exerçaient des fonctions de juge, ils devaient pouvoir disposer de certaines garanties d'indépendance, à l'instar des magistrats de l'ordre judiciaire. En revanche, l'inamovibilité et la qualité de magistrat ne devaient pas leur être reconnues, parce qu'ils appartenaient avant tout à l'« Autorité administrative ».

La protestation soulevée par René Dejean, devait venir se rompre sur cette conception de la justice française : « *Je considère comme très grave la formule qu'il (le Garde des Sceaux) a employée, d'après laquelle dans les tribunaux administratifs ce sont des fonctionnaires qui jugent, car il n'y a plus alors de séparation des pouvoirs* »⁵⁹⁸. L'idée d'un « pouvoir juridictionnel » a ainsi été implicitement écartée, au profit de la réaffirmation de l'existence de deux autorités juridictionnelles distinctes.

B . Une affirmation associée à la protection des justiciables

208. Alors que l'inamovibilité est communément conçue dans sa finalité, comme une garantie pour le justiciable, il a fallu attendre l'avènement de la V^{ème} République pour que cette idée soit véritablement consacrée au niveau constitutionnel. Dans le cadre de la Constitution du 4 octobre 1958, l'inamovibilité a effectivement paru être pensée comme une des conditions de l'indépendance de l'Autorité judiciaire (1°), et par voie de conséquence, comme une garantie pour les droits et libertés de l'individu (2°).

1°) Une garantie d'indépendance de l'Autorité judiciaire

209. Lors de l'examen du texte qui devait conduire à la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, le Parlement de la IV^{ème} République avait entendu arrêter fermement les principes à respecter par le Gouvernement, dans l'élaboration du projet de révision de la Constitution du 27 octobre 1946. Dans la version définitive, toute idée de « pouvoir judiciaire » était explicitement rejetée : « *1° Seul le suffrage universel*

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 164.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 166.

est source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif». Inversement, l'indépendance était érigée en véritable pierre angulaire de l'Autorité judiciaire : « 4° *L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante...* ». Ainsi, l'indépendance de la justice se trouvait déconnectée de l'affirmation d'un « pouvoir judiciaire ». En revanche, le sort de l'inamovibilité des magistrats du siège n'avait pas été envisagé dans la loi constitutionnelle, en dépit de sa position ambivalente. Elle était communément assimilée à l'indépendance de la justice, mais elle était aussi traditionnellement associée à l'idée d'un « pouvoir judiciaire ». C'est pourquoi, après avoir fait découler l'indépendance de l'Autorité judiciaire du bénéfice de l'inamovibilité, les rédacteurs de la Constitution ont préféré voir dans celle-ci, une de principales garanties d'indépendance de celle-là.

210. Dans les premières versions du titre de l'avant-projet de Constitution, consacré à la justice, l'indépendance de l'Autorité judiciaire semblait résulter dans son intégralité, de l'inamovibilité des magistrats du siège. En effet, la rédaction maintenue entre le 15 et le 31 juillet 1958, se révélait obscure. Le premier article prévoyait que : « *La justice est rendue par un corps de magistrats dont l'indépendance doit être assurée par la loi* ». L'article suivant disposait quant à lui, que : « *Les magistrats du siège sont inamovibles. – Un Conseil supérieur de la magistrature...veille au respect de leur statut et assure leur discipline* ». L'ambiguïté résidait dans la manière d'interpréter ces deux dispositions. En raison de leur place respective, plusieurs membres du Comité consultatif constitutionnel s'interrogèrent sur la nécessité de lire le premier article, à l'aune du second. Ainsi, lors de la séance du 31 juillet 1958, René Chazelle demanda s'il fallait comprendre que l'indépendance des magistrats : « *est assurée par un organisme ou une autorité quelconque qui agit conformément à la loi* »⁵⁹⁹. Quelques jours plus tard, à l'occasion de la séance du 5 août 1958, le Député Fourcade devait conforter cette lecture : « *...il faut poser le problème tel qu'il est : l'indépendance ne saurait être assurée par une loi, mais seulement par un organe qui serait lui-même indépendant* »⁶⁰⁰. En conséquence, le premier article cessait d'exister autrement que sous le prisme du second. L'indépendance de l'Autorité judiciaire était étroitement liée au Conseil supérieur de la magistrature.

Or, les dispositions relatives à ce Conseil, semblaient lui confier uniquement des attributions disciplinaires. C'est d'ailleurs ce que devait souligner le Député Fourcade le même jour, à l'adresse du Garde des Sceaux : « *Assurer leur* (magistrats

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 108.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 155.

du siège) *discipline, ceci semble être le rôle et le rôle unique que vous avez confié au futur Conseil supérieur de la magistrature* »⁶⁰¹. Dans ces conditions, l'institution d'un organe *sui generis* chargé, comme sous la IV^{ème} République, d'exercer les fonctions de Conseil supérieur de la magistrature, n'apparaissait plus nécessaire. C'est pourquoi, le Sénateur Marcihacy préconisa un retour au système de la III^{ème} République. La discipline des magistrats du siège pouvait parfaitement être assurée par la Cour de cassation, siégeant toutes chambres réunies. Le Conseil supérieur de la magistrature cessait à son tour d'exister, en dehors du prisme de l'inamovibilité. La mise en place d'un organe indépendant, exclusivement compétent pour prononcer des sanctions vis-à-vis des magistrats du siège, semblait se justifier uniquement par la volonté de respecter cette garantie.

211. Le Garde des Sceaux écarta cependant la suggestion faite par le Sénateur Marcihacy, en estimant que le Gouvernement envisageait également de confier au Conseil supérieur, une compétence en matière de grâces et de nominations. La fonction disciplinaire ne pouvait dès lors être assurée par la Cour de cassation, à défaut de quoi le Conseil supérieur *sui generis*, risquait de perdre sa raison d'être. Dans ce contexte, il aurait été nécessaire d'attribuer les deux autres compétences à des autorités ne présentant pas les mêmes garanties d'indépendance. D'une part, la compétence en matière de grâce aurait été confiée au « *Président de la République, avec une commission des grâces fonctionnant à la Chancellerie* ». D'autre part, la connaissance des nominations aurait impliqué d' « *essayer de faire à la Chancellerie une commission d'avancement totalement indépendante* »⁶⁰². Ainsi, en prévoyant de confier deux nouvelles attributions au Conseil supérieur, Michel Debré reconnaissait désormais à l'Autorité judiciaire, deux garanties d'indépendance ayant une portée autonome : l'inamovibilité ; et le Conseil supérieur de la magistrature.

Le Comité consultatif constitutionnel devait tirer les conséquences de l'intervention du Garde des Sceaux, à l'occasion de la séance du 8 août 1958. Au terme de celle-ci, un nouveau projet de disposition fut adopté, prévoyant que : « *Un Conseil supérieur de la magistrature assure la discipline des magistrats du siège. Il fait des propositions pour les nominations aux fonctions de conseiller à la Cour de cassation et de premier président de Cour d'appel. Il est consulté en matière d'organisation judiciaire* »⁶⁰³. Mieux encore, la version du texte présentée au Conseil interministériel, le 19 août 1958, faisait état d'une attribution

⁶⁰¹ 5 août 1958, in *ibid.*, p. 156.

⁶⁰² DPS, Vol. II, 1988, p. 158.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 361.

supplémentaire. A titre facultatif, le Conseil supérieur pouvait également être consulté « *pour les grâces concernant les peines criminelles* »⁶⁰⁴. La plupart des compétences venues compléter la fonction disciplinaire, ont par la suite été modifiées devant le Comité interministériel⁶⁰⁵ et le Conseil des ministres⁶⁰⁶. Toutefois, l'idée suivant laquelle le Conseil supérieur constituait à la fois une condition de l'inamovibilité, et une condition de l'indépendance de l'Autorité judiciaire, a subsisté.

212. Au-delà, les rédacteurs de la Constitution entendirent compléter la liste des garanties d'indépendance en faveur de l'Autorité judiciaire. La première version connue de l'avant-projet de Constitution, en date du 10 juillet 1958, prévoyait dans son titre relatif à la justice, un premier article selon lequel : « *La justice est rendue par un corps de magistrats dont l'indépendance est garantie par la Constitution* »⁶⁰⁷. Mais dans sa rédaction du 15 juillet suivant, le terme « *Constitution* » avait été remplacé par le mot « *loi* »⁶⁰⁸. Cette modification fut dénoncée à plusieurs reprises dans la suite des travaux préparatoires, en raison de la suspicion existant vis-à-vis du Parlement. Ainsi, dans ses observations du 29 juillet 1958, le Comité consultatif constitutionnel estimait que : « *Le constituant ferait mieux de garder le silence plutôt que de renvoyer au législateur le soin d'assurer l'indépendance des magistrats* »⁶⁰⁹. Quelques jours plus tard, à l'occasion de la séance du 5 août 1958, le Député Teitgen déclarait non sans irritation : « *Je crois que l'article 61 doit être supprimé : « L'indépendance des magistrats est assurée par la loi ». Eh bien, que la loi l'assure et n'en parlons plus* »⁶¹⁰.

Cependant, ces critiques devaient être écartées une nouvelle fois par le Garde des Sceaux, au terme d'une longue intervention devant le Comité : « *...il est extrêmement important que l'indépendance des magistrats soit assurée par la loi, j'aurais voulu dire qu'elle est assurée par un statut ou encore que l'indépendance des magistrats est assurée par une loi fixant le statut...Je crois que c'est une bonne idée de marquer que l'inamovibilité n'est pas à elle seule une garantie d'indépendance et qu'il y a bien d'autres choses dans le statut. C'est d'ailleurs la*

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 632.

⁶⁰⁵ DPS, vol. III, 1991, pp. 522-523.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, pp. 584-585, et 620.

⁶⁰⁷ DPS, vol. I, 1987, p. 425.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 438.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 534.

⁶¹⁰ DPS, vol. II, 1988, p. 155.

raison pour laquelle les deux articles ont été séparés et que l'article 62 vise les magistrats du siège et qu'il est bon que l'indépendance des magistrats...vise également les magistrats du parquet ». Tout y était dit, ou presque. Lors de la séance du 8 août 1958, la formule initiale de l'article examiné, fut remplacée par une disposition prévoyant que : « *L'indépendance des magistrats doit être assurée par la loi organique portant statut de la magistrature* »⁶¹¹.

Vers le 1^{er} septembre 1958, le Président de la République proposa d'ajouter en tête du premier article, un alinéa disposant que : « *L'indépendance de la justice est garantie par le président de la République assisté du Conseil supérieur de la magistrature* ». Dans sa contre-proposition, le Garde des Sceaux maintint cette disposition, en la modifiant légèrement : « *Le président de la République est le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. – Il est assisté par un Conseil supérieur de la magistrature* »⁶¹². Par ailleurs, dans la version de l'avant-projet du 19 août 1958, la disposition suivant laquelle « *les magistrats du siège sont inamovibles* », avait été déplacée du second vers le premier article. Dans ces conditions, l'indépendance de l'Autorité judiciaire se trouvait désormais assurée par quatre garanties principales, énumérées dans ce qui allait devenir l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958⁶¹³.

2°) Une garantie des droits et libertés de l'individu

213. Au moment de l'élaboration de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, le Parlement prit cependant soin de fixer la contrepartie de l'indépendance reconnue à l'Autorité judiciaire. Le 4^o de ce texte prévoyait en effet que : « *L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle elle se réfère* ». L'indépendance de l'Autorité judiciaire était donc subordonnée au respect de cette finalité, par les juridictions en relevant. Néanmoins, le Préambule de la Constitution n'était pas réputé bénéficiaire à cette époque, d'une pleine valeur constitutionnelle. C'est pourquoi, les rédacteurs de la Constitution devaient insérer dans le titre consacré à l'Autorité judiciaire, un article 66 disposant que : « *Nul ne peut être*

⁶¹¹ DPS, vol. II, 1991, p. 361. Le sens de cette disposition n'a pas été remis en cause par la suite. Une formule plus simple lui a cependant été préférée devant le Conseil des ministres, lors de la séance du 3 septembre 1958 : « *Une loi organique porte statut des magistrats* », in DPS, vol. III, 1991, p. 584.

⁶¹² DPS, vol. III, 1991, pp. 566-567.

⁶¹³ « *Le président de la République est garant de l'indépendance judiciaire. – Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. – Une loi organique porte statut des magistrats. – Les magistrats du siège sont inamovibles* ».

arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». En sa qualité de garantie de l'indépendance de l'Autorité judiciaire, l'inamovibilité se trouvait ainsi confortée dans sa finalité.

214. De prime abord, en érigeant l'Autorité judiciaire en « *gardienne de la liberté individuelle* », les rédacteurs de la Constitution avaient pris acte d'une tradition exprimée avec force, à partir de la fin du XIX^e siècle. Selon la Cour de cassation, les juridictions judiciaires constituaient : « *les gardiens naturels de la liberté individuelle* »⁶¹⁴. Cette conception fut confortée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, en recevant l'appui du Tribunal des conflits. Ainsi, dans un arrêt « *Dame de la Murette* », du 27 mars 1952, il déclarait qu'il « *appartient à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, de statuer sur les conséquences de tous ordres des atteintes arbitraires à la personne* »⁶¹⁵. Mieux encore, dans un arrêt « *Préfet du Lot-et-Garonne* », du 28 mars 1955, il soulignait qu'il appartient : « *à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté et de la vie des personnes, de statuer sur les conséquences de tous ordres des atteintes arbitraires à la liberté et à la sécurité individuelle* »⁶¹⁶. Cette conception fut clairement rappelée, au moment des travaux préparatoires à la Constitution. Ainsi, lors de la séance des 27 et 28 août 1958, devant le Conseil d'Etat, le Président Latournerie vint relever que : « *C'est une vérité traditionnelle – du moins tous les manuels de droit l'enseignent à peu près – que l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles* »⁶¹⁷.

215. Ensuite, reprenant une idée avancée par le Professeur Waline, les rédacteurs de la Constitution avaient initialement conçu l'idée de prévoir l'existence d'une procédure d'*habeas corpus* au sein de la Constitution. En ce sens, lors de la séance des 25 et 26 août au Conseil d'Etat, le rapporteur Marcel Martin avait proposé une disposition suivant laquelle : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. La loi détermine les conditions qui permettent à l'autorité judiciaire d'assurer le respect de cette règle* »⁶¹⁸. L'insertion d'une telle disposition conduisait à renforcer l'Autorité judiciaire, dans sa qualité de « *gardienne des libertés individuelles* ». D'une part, la procédure envisagée s'inspirait de celle prévue au Royaume-Uni et aux Etats-Unis,

⁶¹⁴ C.Cass., Civ., arrêt du 12 février 1901, Gazette du Palais, 1901.I.231.

⁶¹⁵ TC, arrêt du 27 mars 1952, Rec. p. 26.

⁶¹⁶ TC, arrêt du 28 mars 1955, RPDA, 1956, p. 1.

⁶¹⁷ DPS, vol. III, 1991, p. 384.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 167.

par l'*Habeas corpus Act* de 1679, et le *Bill of Rights* de 1787⁶¹⁹. L'Autorité judiciaire semblait dès lors élevée au même rang que les justices britannique et américaine, dans la défense des libertés. D'autre part, ainsi que le soulignait Deschamps devant le Conseil d'Etat, la disposition proposée conduisait à donner une assise constitutionnelle à une question qui avait, jusqu'alors, relevé du code de procédure pénale. L'Autorité judiciaire bénéficiait ainsi de la constitutionnalisation de compétences, qui lui avaient été initialement attribuées par la loi.

Enfin, à l'occasion de la séance des 27 et 28 août 1958, les membres du Conseil d'Etat s'étaient prononcés majoritairement en faveur d'une participation des juridictions administratives au respect du principe suivant lequel: « *Nul ne peut être arbitrairement détenu* ». La phrase suivante disposait que: « *Les juridictions judiciaires et les juridictions administratives assurent, chacune en ce qui les concerne, le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* »⁶²⁰. Or, le Comité interministériel devait revenir, dans ses propositions du 1^{er} septembre 1958, à une rédaction plus proche de celle prévue initialement⁶²¹. Aussi, alors que les juridictions administratives participaient également à la mise en œuvre de ce principe, seule la compétence des juridictions judiciaires se voyait reconnaître un fondement constitutionnel.

216. Dans ce contexte marqué par l'élévation de l'Autorité judiciaire, au rang de « *gardienne de la liberté individuelle* », l'inamovibilité conservait toutefois une place centrale parmi les principales garanties d'indépendance de celle-ci. En effet, après avoir fermement rejeté l'idée d'une extension de l'inamovibilité aux membres des juridictions administratives, lors de la séance du 5 août 1958, le Garde des Sceaux s'exprimait en ces termes devant le Comité consultatif constitutionnel: « *...la magistrature du droit commun est celle dont la Constitution doit se préoccuper, car c'est elle qui assure le règlement des litiges, en particulier, et fondamentalement la procédure pénale. C'est cela, en fin de compte, qui fait que l'on veut une magistrature indépendante...car les magistrats sont les seules personnes qui ont le droit d'envoyer des citoyens en prison...* »⁶²². De tels propos se révélaient d'autant plus juste à l'égard des magistrats du siège, que ces derniers sont les seuls compétents pour juger. Or, tandis que trois des garanties d'indépendance énumérées

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 384.

⁶²⁰ Selon le décompte, l'adoption de cette disposition fut acquise par vingt-six voix contre dix-huit, in DPS, vol. III, 1991, p. 388.

⁶²¹ DPS, vol. III, 1991, p. 523.

⁶²² DPS, vol. II, 1988, p. 164.

à l'article 64 de la Constitution, bénéficient aussi bien au parquet qu'au siège, l'inamovibilité est uniquement accordée à la magistrature assise.

§ 2 . La valeur internationale renouvelée de l'inamovibilité

217. Dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat « *Bariat* », du 23 juin 1893, le Commissaire du Gouvernement Le Vavasseur de Précourt, écrivait : « *C'est un principe de droit public, non seulement français, mais presque universel : l'inamovibilité des magistrats est proclamée par la plupart des Constitutions européennes ; en Suisse et aux Etats-Unis, les magistrats élus sont inamovibles pendant la durée de leurs fonctions* »⁶²³. Important à leur époque, ces mots ont vu leur portée renforcée avec le temps. La France se trouve aujourd'hui intégrée à une communauté internationale, dont le nombre d'Etat a été décuplé depuis la fin du XIXe siècle, et dans laquelle l'idée de coopération se trouve privilégiée. Acceptant le processus de décolonisation, la V^{ème} République s'est engagée plus avant au sein d'organisations régionales, construites en partie sur la tradition constitutionnelle commune à leurs Etats membres. Dans ces conditions, l'inamovibilité des magistrats français de l'ordre judiciaire se trouve progressivement associée à celle reconnue dans les Etats de droit historiques (A), et plus généralement à l'échelle universelle (B).

A . Une garantie consacrée dans les Etats de droit historiques

218. Tandis que l'inamovibilité en France, a longtemps souffert de son lien de causalité présumé avec un « pouvoir judiciaire », elle a pu librement prospérer au sein d'autres démocraties historiques. L'inamovibilité des juges est effectivement apparue au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, comme une condition des droits et libertés de l'individu (1°). Elle a en conséquence été organisée, afin de garantir au mieux l'indépendance des juges (2°).

1°) Une condition des droits et libertés de l'individu

219. Le Royaume-Uni et les Etats-Unis sont avec la France, les trois principaux Etats de droit, au sein desquels l'inamovibilité des juges trouve son origine. Ils en constituent en quelque sorte le berceau. Certes, dans son *Histoire des Etats-Unis*, Le Professeur de Laboulaye situait le fondement de l'inamovibilité dans le royaume d'Aragon en 1442. Le peuple aurait alors demandé au monarque de

⁶²³ CE, arrêt du 23 juin 1893, « *Bariat* », Rec. p. 507.

conférer cette garantie aux juges, afin de les préserver des destitutions arbitraires. Et l'auteur ajoute que : « ...*la justice d'Aragon fut, en effet, jusqu'au règne de Philippe II, la garantie des libertés nationales : il fallu la briser pour détruire les fueros* »⁶²⁴. Or, c'est bien là que se situe la limite de cette source : elle fut éphémère. Dans les trois autres cas en revanche, l'inamovibilité a continué à être affirmée jusqu'à nos jours. Celle de la France est beaucoup plus ancienne que celles des deux autres Etats, consacrées respectivement en 1701 et en 1787. Cependant, les secondes présentent une qualité incontestable par rapport à la première. Tandis que l'inamovibilité des magistrats français est d'abord apparue comme une garantie de stabilité en faveur de magistrats fidèles et compétents, l'inamovibilité des juges britanniques et américains a initialement été reconnue comme une condition des droits et libertés de l'individu. D'ailleurs, les situations du Royaume-Uni et des Etats-Unis sont étroitement liées, dans la mesure où treize des Etats composant cette dernière fédération, étaient des colonies britanniques avant qu'elles n'accèdent à l'indépendance en 1776.

220. La justice du Royaume-Uni n'est pas sans lien avec celle de la France d'Ancien Régime. Comme cette dernière, elle est réputée dépendre du monarque. Selon l'adage jamais remis en cause depuis la « *Conquête* », le roi est « *fontaine de toute justice* »⁶²⁵. Cependant, deux règles fondamentales ont été progressivement affirmées : d'une part, celle de l'indépendance de la justice ; et d'autre part, la règle suivant laquelle le monarque ne rend pas justice lui-même. Comme en France, une distinction s'est opérée au XIIIe-XIVe siècle au niveau de la *Curia regis*, entre le *King's Council* et la *Court of King's Bench*. Aussi, les juges ont cessé d'apparaître comme des conseillers du roi. A la même époque, furent entreprises les réformes qui conduisirent à la création des *Inns of Court*, centres d'études juridiques dirigés par des juges. Il en est résulté cette tradition multiséculaire, suivant laquelle les juges sont nommés parmi les membres du barreau. En revanche, les juges étaient nommés « *during pleasure* » et pouvaient faire l'objet d'une procédure d'*impeachment*⁶²⁶. En un mot, ils étaient amovibles.

Après une période de relative stabilité sous la Maison des Tudor (1485-1603), pendant laquelle les juges et le Parlement demeurèrent en retrait des « affaires politiques », les cours entrèrent en conflit avec la couronne sous la Maison des Stuart (1603-1714). Au terme d'une première phase qui a vu se succéder les grands arrêts

⁶²⁴ E. Laboulaye, *Histoire des Etats-Unis depuis les premiers essais de colonisation jusqu'à l'adoption de la Constitution fédérale (1620-1789), Troisième époque : la Constitution des Etats-Unis*, éd. Bibliothèque Charpentier, Paris, 2^e éd., 1891, p. 494.

⁶²⁵ P. Ségur, *op. cit.*, p. 239.

⁶²⁶ Ainsi l'exemple cité par Lord Justice Brooke, de six juges « *impeached, convicted and sentenced to death* », en 1387.

de la *Court of common pleas* sous Jacques Ier, et la « *tyrannie des onze ans* » de Charles Ier, ce dernier a été contraint d'accepter la règle de la nomination des juges « *during good behaviour* ». L'inamovibilité a ainsi été reconnue pour la première fois, dans un contexte marqué par la victoire des tenants d'une monarchie modérée, sur les partisans d'une monarchie absolue de droit divin. Lors de la restauration de la monarchie en 1660, après la parenthèse de la Première révolution et de la République de Cromwell, le principe fut maintenu. Cependant, soucieux d'établir une monarchie absolue dont la justice constituerait un des leviers, Charles II devait rétablir la nomination « *during pleasure* », en 1668. La restauration de l'inamovibilité fut envisagée seulement vingt ans plus tard, avec l'abdication de Jacques II, consécutive à la Glorieuse Révolution. En effet, dans le texte de doléances qui fut présenté à Guillaume d'Orange et Marie Stuart, le comité parlementaire chargé de fixer les grands principes de la nouvelle monarchie, avait demandé la prise de mesures pour que les juges soient désormais nommés « *during good behaviour* », et qu'ils ne puissent être révoqués et suspendus en dehors des cas prévus par la loi⁶²⁷. Toutefois, ces règles de base de l'indépendance judiciaire, furent omises lors de la rédaction du *Bill of rights*, en 1689. Lorsque le Parlement présenta un nouveau *bill* à Guillaume III en 1692, afin de remédier à cette omission, celui-ci refusa de le signer.

221. La question de la succession de Guillaume III, devait finalement donner l'occasion de consacrer définitivement ce principe. En effet, pour pallier aux lacunes du *Bill of rights* s'agissant des règles de dévolution de la couronne, fut adopté l'*Act of settlement* de 1701. Conçue comme le complément, l'extension de ce premier texte, cette loi encore en vigueur aujourd'hui, dispose dans son article 7 que les : « *...judges' commissions be made quamdiu se bene gesserint...but upon the address of both Houses of Parliament it may lawful to remove them* ». Ainsi, l'inamovibilité des juges s'est trouvée affirmée. Le texte dans lequel est inscrite cette disposition, lui confère une valeur d'autant plus importante, qu'il a pour objet de sanctionner définitivement la primauté du Parlement sur le monarque. Ici, ce n'est pas le Parlement en tant que législateur qui est intervenu, mais le Parlement constituant, le Parlement souverain. L'*Act of settlement* présente également un apport non négligeable par rapport au *Bill of rights*, dans la mesure où sa qualité d' « *act* » et non de simple « *bill* », implique qu'il puisse uniquement être modifié par un autre « *act* », c'est à dire une loi votée par les deux chambres et signée par le monarque. L'inamovibilité a par suite été réaffirmée à plusieurs reprises, s'agissant des juges de

⁶²⁷ « *for making judges' commissions quamdiu se bene gesserint ; and for ascertaining and establishing their salaries, to be paid out of the public revenue only ; and for preventing their being removed and suspended from the execution of their offices, unless by due cause of law* ». Cité par Lord Justice Brooke.

la *Supreme Court*⁶²⁸, des *Law lords*⁶²⁹, et des juges de la *Supreme Court* issue du *Constitutional reform Act*⁶³⁰.

En revanche, plus de deux siècles et demi se sont encore avérés nécessaires pour que soit fixée la durée des fonctions des juges. Effectivement, à la mort de Guillaume III en 1702, il était encore communément admis que les fonctions des juges cessaient de plein droit en raison du décès du monarque, et que leur reconduction nécessitait une nouvelle nomination. C'est en vertu de cette règle, qu'Anne I^{ère} put refuser de reconduire deux juges, Georges I^{er} trois juges, et Georges II un juge. En 1720, une loi disposant que les juges seraient maintenus en fonctions pendant une durée de six mois suivant le décès du roi, fut néanmoins adoptée. En 1761, une nouvelle loi permit de mettre définitivement un terme à la règle de la nouvelle nomination : « *commissions of the judges shall remain in full force and effect during good behaviour, notwithstanding the demise of His Majesty or any of his heirs or successors* »⁶³¹. Dans ces nouvelles conditions, et jusqu'à l'adoption du *Judicial pensions Act* en 1959, la nomination des juges « *during good behaviour* » s'est le plus souvent apparentée à une nomination à vie. La loi de 1959, complétée par le *Judicial pensions an retirement act* de 1993, fixe désormais à soixante-dix, l'âge de la cessation des fonctions.

Cependant, il convient de souligner que tous les juges des juridictions inférieures, telles que les *county courts* et les *magistrates' courts*, ne sont pas inamovibles. Effectivement, les *circuit judges* siégeant dans les premières, peuvent être révoqués pour incapacité ou inconduite⁶³². De la même façon, les *Lay Magistrates* des secondes, peuvent être révoqués à tout moment par la même autorité⁶³³.

⁶²⁸ Section 11 (3) du *Supreme Court Act* de 1981 : « *A person appointed to an office to which this section applies shall hold that office during good behaviour, subject to a power of removal by her Majesty on an adress presented to her by both houses of parliament* ». La *Supreme Court* comprend au sens large : la *Supreme Court*, la *Court of appeal*, la *High Court*, et la *Crown Court*.

⁶²⁹ Section 6 de l'*Appellate Jurisdiction Act* de 1876.

⁶³⁰ Section 33 du *Constitutional reform act* de 2005 : « *A judge of the Supreme Court holds that office during good behaviour, but may be removed from it on the address of both Houses of Parliament* ».

⁶³¹ Cité in M. Nash, *The removal of judges under the Act of settlement (1701)*, Bulle, 31st july 2007, www.law.harvard.edu.

⁶³² Section 17 (4) du *Courts Act* de 1971.

⁶³³ Section 5 du *Justices of the peace Act* de 1997.

222. Ainsi que cela a été souligné en introduction, le Royaume-Uni et les Etats-Unis ont en commun une partie de leur histoire. Entre le moment où l'inamovibilité a été reconnue par l'*Act of settlement*, et la Déclaration d'indépendance américaine, soixante-quinze ans se sont écoulés. Néanmoins, si l'inamovibilité a été étendue à toute la métropole en 1701, cette garantie n'a pas automatiquement bénéficié aux juges des colonies américaines. C'est au cas par cas, à l'occasion de la rédaction des chartes octroyées à certaines d'entre-elles, que le bénéfice de l'inamovibilité a été ponctuellement étendu. Il en est allé ainsi pour les juges du Delaware et de la Pennsylvanie, cette garantie ayant été expressément prévue à l'article III § 3 des Chartes octroyées à ces deux territoires en 1701. Cette faible protection accordée aux juges américains, a été vigoureusement dénoncée dans la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776, et érigée en grief à l'encontre de Georges III : « *Il a rendu les juges dépendants de sa seule volonté en ce qui concerne la durée de leurs charges...* ».

En réaction, l'inamovibilité a été affirmée dans la plupart des Constitutions des nouveaux Etats auto-proclamés, suite à l'intervention de l'indépendance : Constitution de la Caroline du sud du 26 mars 1776 (article 20), Constitution de la Virginie du 29 juin 1776, Constitution du New-Jersey du 3 juillet 1776 (article 12), Constitution du Delaware du 21 septembre 1776 (article 12), Constitution de Pennsylvanie du 28 septembre 1776 (section 23), Constitution du Maryland du 1^{er} novembre 1776 (article 30), Constitution de la Caroline du nord du 18 décembre 1776 (article 33), et Constitution de New-York du 20 avril 1777 (article 24).

223. En conséquence, lors de la réunion de la Convention de Philadelphie, à l'occasion de laquelle la Constitution des Etats-Unis du 17 septembre 1787 a été élaborée, il semble que l'affirmation de cette garantie ait fait l'objet d'un certain consensus⁶³⁴. Depuis cette époque, les bases constitutionnelles de cette inamovibilité au niveau fédéral, figurent au nombre de quatre. La première concerne l'énoncé de la règle. Ainsi, selon l'article III section 1 : « *Les juges de la Cour suprême et des cours inférieures conserveront leurs charges tant qu'ils auront une bonne conduite* ». Les trois autres bases, affèrent à l'appréciation d'une conduite ne permettant pas le maintien d'un juge dans sa charge, et à la procédure tendant à la privation de celle-ci. D'une part, l'article II section 4 dispose que : « *...tous les fonctionnaires civils des Etats-Unis seront destitués de leurs fonctions sur impeachment et sur condamnation pour trahison, corruption ou autres crimes majeurs où délits graves* ». D'autre part, les articles I^{er} section 2 clause 5, et I^{er} section 3 clause 6, prévoient respectivement :

⁶³⁴ A. Hamilton, *The Federalist Papers* n° 78 : « *According to the plan of the convention, all judges who may be appointed by the United States are to hold their offices during good behaviour ; which is comfortable to the most approved of the State constitutions and among the rest, to that of this state* ».

que la Chambre des représentants à « *seule le pouvoir d'impeachment* », c'est à dire le pouvoir de mettre un juge en accusation ; et que le Sénat « *seul aura le pouvoir de juger dans tous les cas d'impeachment* ».

Toutefois, à l'instar de la situation qui prévaut au Royaume-Uni, tous les juges ne bénéficient pas de cette garantie. En ce sens, la Cour suprême a notamment jugé⁶³⁵ que le Congrès pouvait, sur le fondement de sa compétence prévue par l'article I^{er} section 8, créer des juridictions ne relevant pas des exigences d'indépendance de l'article III. Il s'agit de juridictions intervenant sur des contentieux spéciaux⁶³⁶ et disposant d'une compétence limitée⁶³⁷. Les juges de ces *legislative courts* peuvent être révoqués pour incompétence, incapacité ou mauvaise conduite. En outre, le *Federal magistrates Act* de 1968⁶³⁸ a donné la possibilité aux juges fédéraux de districts, de nommer eux-mêmes des *magistrates*, auxiliaires de justice, dans la limite d'un nombre de postes fixé par la *Judicial Conference of the United States*. Recrutés pour une durée de quatre ou huit ans, compétents pour juger des affaires mineures, et ne dépendant « *en aucun cas d'une des branches du pouvoir politique* »⁶³⁹, ces juges peuvent être révoqués pendant leur mandat pour incompétence, négligence, incapacité, ou mauvaise conduite. En outre, le *Judicial Conference of the United States*, peut toujours supprimer le poste en cas de disparition du besoin ayant conduit à sa création.

Au-delà, alors que les Etats de la Confédération des Etats-Unis d'Amérique, s'étaient inspirés dans leur majorité du système britannique, la procédure d'*impeachment* a été la première à avoir été introduite dans les Constitution des Etats fédérés. Le Professeur Scoffoni soulignait ainsi en 1995, que quarante-six de ces Etats possédaient un système comparable. D'autres procédures de révocation sont

⁶³⁵ Arrêt *Glidden Co. V. Zdanok*, 370 US 530 (1962). Cité par G. Scoffoni, *Etats-Unis*, in T. S. Renoux (dir.), *Le statut constitutionnel des juges et du parquet*, Actes de la XIe table ronde internationale des 15 et 16 septembre 1995, Annuaire international de justice constitutionnelle, Economica-PUAM, 1995, p. 196.

⁶³⁶ Tribunaux des faillites, des douanes, des brevets, du commerce international, ou encore les tribunaux fiscaux.

⁶³⁷ Arrêt de la Cour suprême, « *Northern Pipeline Const. Co. V. Marathon Pipe Line co.* », 458 US 50 (1982). Cité in G. Scoffoni, *Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 202.

⁶³⁸ Codifié dans le *United States Code*, title 28, § 631-639.

⁶³⁹ G. Scoffoni, *Etats-Unis*, *op. cit.*, in T. S. Renoux (dir.), *Le statut constitutionnel des juges...*, *op. cit.*, p. 201.

susceptibles de coexister avec celle de l'*impeachment*, telles que celle de *recall*⁶⁴⁰, de « *résolution* » ou de « *legislative adress* »⁶⁴¹.

2°) Une condition de l'indépendance des juges

224. Le principe suivant lequel un juge demeure en fonctions tant qu'il n'a pas démerité, à défaut de quoi il se trouve exposé à une révocation par voie de résolution des deux chambres ou d'*impeachment*, a pu être considéré par une partie de la doctrine française, comme distinct de l'inamovibilité. La destitution serait acquise au terme de la mise en œuvre d'une responsabilité « politique » du juge. En conséquence, l'indépendance de celui-ci ne serait pas garantie à cette occasion. Néanmoins, la réalité semble beaucoup plus complexe. Ce principe est le résultat d'une longue tradition, et sa formation est étroitement liée à la construction de l'Etat de droit. Aux époques respectives où les systèmes britannique et américain ont été mis en place, il s'agissait d'assurer au mieux l'indépendance des juges.

225. De prime abord, aussi bien le Parlement au Royaume-Uni, que le Sénat aux Etats-Unis, s'apparentent à des juridictions d'un point de vue historique. Dans le premier cas, le Parlement, c'est à dire la réunion du monarque, de la Chambre des Lords et de la Chambre des communes, renvoie à la formation de la *Curia regis* des XIIIe et XIVe siècles. Son activité était alors essentiellement judiciaire. Le roi tenait « *conseil en son Parlement* », soit pour rendre justice à l'égard des plus hauts personnages du royaume, soit pour dire le droit dans des litiges qui lui étaient soumis par les juges, parce qu'ils soulevaient une difficulté. De la même façon aux Etats-Unis, la procédure d'*impeachment* s'est inspirée de celle née dans l'Angleterre du XIVe siècle. Effectivement, cette procédure a été créée suite à une pétition formulée par les Communes auprès du roi, lui demandant de dire le droit applicable en matière de trahison⁶⁴². Edouard III prit alors en 1352, une ordonnance prévoyant que dans toute affaire où le juge aurait à connaître d'une présumée trahison, celui-ci serait tenu

⁶⁴⁰ Au terme de cette procédure de type plébiscitaire, un juge nommé par le gouverneur de l'Etat, doit voir sa confirmation dans ses fonctions, au terme d'un certain délai, conditionné par un vote populaire.

⁶⁴¹ La procédure de la « *résolution* », subordonne la révocation d'un juge à un vote conjoint, le plus souvent qualifié, des deux chambres de la législature. La procédure de la « *legislative adress* », quant à elle, confère au gouverneur la décision finale de révocation d'un juge, après que les deux chambres aient statué par un vote à la majorité. Selon le professeur Scoffoni en 1995, 28 Etats disposaient d'une ou l'autre de ces procédures au sein de leur Constitution.

⁶⁴² Il était demandé dans cette pétition que, « *compte tenu du fait qu'en divers comtés des juges royaux ont condamné comme traîtres des personnes déférées devant eux pour des motifs qui n'apparaissent pas aux yeux des communes relever de la trahison, plaise à celui-ci dire en son Conseil avec l'aide des honorables et sages hommes de droit, ce qui est trahison pour l'actuel Parlement* ». Voir : J-G Bellamy, *The law of treason in England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, p. 86.

de surseoir à statuer et de la renvoyer au Parlement. Ce dernier était alors chargé de déterminer la nature de l'affaire par un jugement, en précisant si était en cause une trahison ou un autre crime⁶⁴³. Or à cette époque, les Communes étant encore embryonnaires, celles-ci se limitaient à exercer une fonction de plaignante. En revanche, la discussion des grandes affaires d'Etat, dont la question de la trahison faisait partie, relevait du monarque et des Lords. En 1386, la répartition des rôles entre la Chambre des communes et la Chambre des Lords, devait être précisée. La première était chargée d'exercer la fonction d'accusation, et la seconde était maintenue dans sa fonction de jugement.

226. Ensuite, en confiant la compétence pour révoquer individuellement les juges, aux assemblées parlementaires, les rédacteurs de l'*Act of settlement* et ceux de la Constitution américaine ont, paradoxalement mais clairement, entendu faire obstacle aux destitutions arbitraires. En raison de la lourdeur des procédures prévues, seuls les manquements les plus graves pouvaient effectivement justifier leur mise en œuvre⁶⁴⁴. D'ailleurs, les chiffres sont révélateurs. Sur les cinq affaires que le Parlement britannique a été amené à connaître depuis 1701, seule une a conduit à la révocation d'un juge, en 1830⁶⁴⁵. De la même façon, aux Etats-Unis, dans les treize hypothèses où des juges fédéraux ont été mis en accusation par la chambre des représentants depuis 1787, seules sept se sont traduites par un jugement du Sénat prononçant une destitution.

⁶⁴³ L'ordonnance de 1352 se termine ainsi : « ...et attendu que dans les temps à venir de nombreux autres cas semblables de trahison pourront survenir qu'il n'est pas possible d'imaginer ou de définir actuellement, il est décidé que si un autre cas quelconque présumé de trahison qui n'est pas précisé ci-dessus survient devant les juges, ceux-ci devront surseoir à statuer jusqu'à ce que l'affaire soit soumise au Roi et au Parlement et jusqu'à ce qu'ils aient décidé si elle relevait de la trahison ou d'un autre crime ».

⁶⁴⁴ Yves Demeer relève en ce sens, de délicieux commentaires de la doctrine américaine : Y. Demeer, *L'impeachment dans les institutions anglaises et américaines*, in Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques Teneur, t. 1, Université de droit et de la santé, coll. Des travaux de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille, Lille, 1977, pp. 95-96. Selon James Bryce, l'impeachment « est comme un canon de cent tonnes dont la mise en place nécessite une machinerie complexe, la mise à feu une énorme charge de poudre et l'objectif une dimension gigantesque », American Commonwealth, Macmillan, New-York, 1908, p. 233. De même, à propos de l'impeachment du Justice Samuel Chase, le juge de district Richard Peters écrivait : « Je pense qu'ils sont en train de charger un canon pour tuer un moustique », cité pp. 95-96. Enfin, Woodrow Wilson considérait que la procédure d'impeachment « ne peut être mise en marche que par la passion. Il ne faut rien de moins qu'un crime considérable...pour lui donner de la vitesse et de l'efficacité. Quant à une condamnation, elle ne peut s'obtenir que par une indignation assez grave pour soulever l'intérêt d'un parti politique. Rien d'autre ne peut l'assurer », Congressional Government, Houghton Mifflin, Boston, 1901, pp. 275-276.

⁶⁴⁵ The case of Justice Luke Fox (1805), of Judge Robert Johnson (1805), of Sir Jonah Barrington (1830), and the cases of Mr Justice Grantham (1906 and 1911).

227. Cette volonté de préserver les juges contre les intimidations qui pourraient résulter de la procédure de destitution, se trouve en outre renforcée par le caractère exclusif des procédures déjà prévues. En effet, tant au Royaume-Uni qu'aux Etats-Unis, a été posée la question de l'existence concurrente, ou de la possible création d'autres procédures plus aisées à mettre en œuvre. Avant en 1701, il existait déjà au Royaume-Uni trois procédures de destitution. La première, dite procédure de « *scire facias* », était utilisée dans les hypothèses d'inconduite simples (*misbehaviour*), et aboutissaient à l'annulation des lettres patentes de nomination. La seconde, l'information criminelle, était mise en action par l'*attorney* général en cas de délit (*misdeemeanour*). La dernière, l'*impeachment*, était mise en œuvre en cas de crime. A la fin du XIXe et au début du XXe siècle, certains représentants de la doctrine⁶⁴⁶ estimaient que l'entrée en vigueur de l'*Act of settlement* n'avait pas eu pour effet d'écarter ces procédures à l'égard des juges. En conséquence, la procédure instituée par ce texte, s'ajoutait simplement aux autres procédures. En revanche, la doctrine anglo-saxonne⁶⁴⁷ semble aujourd'hui catégorique sur ce point : l'adoption d'une résolution par les deux assemblées, constitue la seule et unique procédure susceptible de conduire à la révocation d'un juge. D'ailleurs, comme le souligne le Professeur Nash, dans l'hypothèse même où l'*Act of settlement* n'aurait pas abrogé les anciennes procédures, celles-ci sont néanmoins tombées en désuétude : la procédure d'*impeachment* n'a plus été mise en œuvre depuis 1806, celle de « *scire facias* » depuis 1830, et l'information criminelle a été abolie par le *Criminal Law Act* de 1967.

Aux Etats-Unis, la lettre même de la Constitution est de nature à entretenir un doute sur le caractère exclusif de la procédure d'*impeachment*. Les tenants de la possible création de procédures concurrentes, ont en effet relevé plusieurs arguments en ce sens. D'une part, l'article III section 1 ne prévoit pas expressément la révocation des juges fédéraux par voie d'*impeachment*. D'autre part, les cas d'ouverture de l'*impeachment* prévus par l'article II section 4, à savoir la trahison, la corruption, les crimes et délits graves, couvrent seulement les hypothèses les plus graves de mauvaise conduite⁶⁴⁸. Enfin, les Professeurs Prakash et Smith ont relevé que dans le droit britannique des XVIIIe et XVIIIe siècle, transposable sur le

⁶⁴⁶ Comte de Franqueville, *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne*, t. 1, J. Rothschild éditeur, Paris, 1893, pp. 389-390 ; et C. Carisch, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁶⁴⁷ M. Nash, *The removal of judges under the Act of settlement (1701)*, Bulle, 31st July 2007, www.law.harvard.edu. ; Senate/Parliament of Australia, *Relations with the judiciary*, Odgers' Australian Senate practice, Department of the Senate, Canberra, 12th ed., 2008, p. 509, www.aph.gov.au.

⁶⁴⁸ Y. Demeer, *L'impeachment...*, *op. cit.*, p. 316.

territoire des Etats-Unis⁶⁴⁹, les nominations « *during good behaviour* » s’opposaient à celles effectuées « *during pleasure* », en ce que le bénéficiaire pouvait seulement être révoqué après avoir été convaincu de « *misbehaviour* » dans le cadre d’une procédure judiciaire. Cependant, malgré toutes ces incohérences, l’admission de procédures concurrentes suppose d’être rejetée. Tout d’abord, une telle reconnaissance remettrait en cause l’économie de l’article III section 1, destinée à assurer l’indépendance des juges⁶⁵⁰. Ensuite, une fois reconnu le caractère exclusif de la procédure d’*impeachment*, il est difficile d’admettre que la Chambre des représentants et le Sénat puissent être remplacés par une juridiction. En effet, les articles I section 2 clause 5, et I section 3 clause 6, prévoient respectivement que la Chambre des représentant a « *seule* » le pouvoir d’*impeachment*, et que le Sénat a « *seul* » le pouvoir de juger dans ce dernier cas. Au niveau des Pouvoirs publics, la *National Commission on Judicial Discipline and Removal*⁶⁵¹, a conclu sans équivoque dans son rapport remis au Congrès en août 1993, que toute mesure législative qui prévoirait la destitution des juges, suivant une procédure autre que celle d’*impeachment*, serait inconstitutionnelle.

228. Par ailleurs, la reconnaissance d’une telle compétence en faveur des Parlements britannique et américains, ne saurait être comprise comme confiant à ceux-ci une compétence judiciaire. Au Royaume-Uni, la résolution prise par les Communes et les Lords ne l’est pas dans le cadre d’une telle procédure. Selon le Professeur Shetreet, le Parlement aurait exprimé à plusieurs reprises le refus de voir utiliser la procédure prévue par l’*Act of settlement*, pour réprimander, juger ou condamner judiciairement un juge pour mauvaise conduite⁶⁵². Aux Etats-Unis, soucieux de respecter le principe de séparation des pouvoirs et de prévenir des excès comparables à ceux commis par les législatures des Etats confédérés, cumulant des

⁶⁴⁹ La même interprétation prévalait effectivement aux Etats-Unis, selon les deux auteurs. Ils citent à cet égard, l’exemple d’une discussion publique entre John Adams et William Brattle au début de la guerre d’indépendance. Les deux hommes se seraient accordés sur l’idée suivant laquelle un juge nommé « *during good behaviour* », peut uniquement être révoqués après : « *hearing and trial, and an opportunity to defend himself before a fuller board, knowing his accuser and accusation* ». Cité in S. Prakash, S.D. Smith, *How to remove a federal judge*, 116 Yale Law Journal, 72, 30st september 2006, www.yalelawjournal.org.

⁶⁵⁰ M. H. Redish, *Response : good behavior, judicial independance, and the foundations of american constitutionalism*, 116 Yale Law Journal, 139, 30st september 2006, www.yalelawjournal.org.

⁶⁵¹ Commission créée en 1990 par le congrès, et composée de quatorze membres désignés par les deux chambres, le Président et le *Chief Justice*. Cité par G. Scoffoni, *Etats-Unis*, in T. S. Renoux (dir.), *Le statut constitutionnel des juges...*, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁵² S. Shetreet, *Judges on trial...*, *op. cit.*, p. 163. Cité in M. Nash, *op. cit.* Notamment, lors de l’affaire « *Baron Smith* » en 1834, il fut suggéré que le Parlement ne pouvait instituer une enquête sous la conduite d’un juge : « *with any other view than to address the Crown for his removal* », p. 164.

fonctions législatives et judiciaires, les rédacteurs de la Constitution fédérale précisèrent expressément à l'article I section 3 clause 6, que : « *La peine en matière d'impeachment ne pourra excéder la destitution des fonctions et l'incapacité d'exercer aucun emploi honorifique, de confiance ou rémunéré relevant des Etats-Unis ; mais la partie déclarée coupable par le Sénat pourra néanmoins être poursuivie, jugée et punie conformément à la loi* ». Ainsi, le rôle du Congrès au Etats-Unis, se limite-t-il à une déclaration de culpabilité susceptible d'entraîner uniquement une destitution et une incapacité à exercer de nouvelles fonctions au niveau fédéral. En revanche, la condamnation à des peines privatives de libertés, par nature judiciaires, relève de la seule compétence des juridictions ordinaires qui pourront être saisies de l'affaire, après destitution du juge concerné.

229. Cependant, il convient de prévenir toute interprétation erronée des mots : « *compétence judiciaire* ». En effet, les chambres n'exercent pas une fonction judiciaire, dans la mesure où les procédures de la résolution et de l'*impeachment*, ne peuvent pas conduire à une condamnation pénale du juge intéressé. Mais celui-ci ne se trouve pas pour autant privé des garanties juridictionnelles de procédure. Au Royaume-Uni, la possibilité pour le juge de se défendre en démontrant qu'il n'a pas démérité, est désormais acquise. Certains auteurs, estiment ainsi que la procédure de « *scire facias* », tout en ayant été abrogée en tant que procédure concurrente, serait devenue un préalable à l'adoption d'une résolution par le Parlement. Plus certainement, la mise en place par celui-ci d'une commission d'enquête chargée de mener des investigations, et notamment d'inviter le juge à présenter sa défense, est nécessaire. Aux Etats-Unis, si les rédacteurs de la Constitution ont exclu de confier au Congrès une compétence judiciaire, ils ont également exclu que celui-ci intervienne dans le cadre d'une procédure non juridictionnelle⁶⁵³. C'est la raison pour laquelle, le système trop ambigu de la résolution n'a pas été retenu, au profit de l'*impeachment*. Plus précisément, comme l'a souligné la *National Commission on Judicial discipline and Removal*, dans son rapport de 1993 précité, la procédure de l'article II section 4, est une procédure d'« *impeachment and trial* ». La révocation des juges britanniques et américains, peut donc uniquement résulter d'un véritable jugement, rendu par un organe qui ne doit constituer, ni à proprement parler une autorité politique, ni une juridiction répressive.

⁶⁵³ Comme l'a relevé Charles Gardner Geyh, lors de la convention de Philadelphie, Dickinson ayant proposé que la clause de bonne conduite soit complétée par une disposition suivant laquelle les juges « *may be removed by the executive on the application [by] the Senate and House of Representatives* », James Madison répondit qu'il y avait là « *a contradiction in terms to say that the judges should hold their offices during good behaviour, and yet be removable without a trial* ». Cité in *The origins and history of federal judicial independence*, American Bar Association, *An independent judiciary*, Report of the ABA Commission on separation of powers and judicial independence, 1997, www.abanet.org.

B . Une garantie aujourd’hui universellement consacrée

230. L’inamovibilité des magistrats a connu un essor considérable à partir de la seconde moitié du XXe siècle, sous l’impulsion conjuguée du constitutionnalisme, de la décolonisation, de la fin de la guerre froide, et de l’affirmation du droit international et européen. Ainsi, l’inamovibilité se trouve aujourd’hui consacrée dans la plupart des Constitutions à travers le monde (1°), et reconnue par de nombreux instruments internationaux (2°).

1°) Une garantie constitutionnelle universellement consacrée

231. Le bénéfice de l’inamovibilité en faveur des juges et des magistrats du siège, n’est pas limité au territoire de la seule trinité formée par la France, le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Bien au contraire, cette garantie bénéficie aujourd’hui d’une reconnaissance dans la plupart des Etats qui composent la communauté internationale. Cependant, il faut bien admettre que la consécration de l’inamovibilité dans de nombreux pays du globe, a été le fruit de l’influence exercée par ces trois Etats, à une époque ou à une autre de leur histoire. Cette influence a pu être de nature politique, économique, militaire ou culturelle. Il est en conséquence possible d’établir une classification des Etats en trois groupes, suivant la nature de l’inamovibilité reconnue.

232. La première catégorie d’Etats regroupe ceux dans lesquels la notion même d’« *inamovibilité* »⁶⁵⁴, se trouve consacrée au niveau constitutionnel ou législatif. C’est la situation qui est apparue en France à la fin de l’Ancien Régime, avec la Déclaration du Parlement de Paris de 1788, ou plus objectivement lors de la Première Restauration, avec la Charte constitutionnelle de 1814. Mais c’est surtout l’état du droit depuis la IV^{ème} République, avec l’inscription dans la Constitution, de la formule suivant laquelle : « *Les magistrats du siège sont inamovibles* ».

Parmi les autres pays concernés, figure tout d’abord la plupart des anciennes colonies, protectorats, ou territoires d’outre-mer français. En Afrique du nord, il en va ainsi du Maroc (art. 85 de la Constitution du 13 septembre 1996). Au sein de l’ancienne Afrique occidentale française, l’inamovibilité est expressément reconnue

⁶⁵⁴ Cette reconnaissance s’opère sous trois formes. Il peut s’agir d’une formule suivant laquelle les « *magistrats du siège sont inamovibles* » : Italie, Espagne, Portugal, Bénin, Togo, République démocratique du Congo, République du Congo, Niger, Maroc, Sénégal, Burkina-Faso, République centrafricaine, Madagascar, Djibouti, Côte-d’Ivoire, et Tchad. Il peut également s’agir d’une formule suivant laquelle les « *juges sont inamovibles* » : Haïti, Pologne, Bulgarie, Moldavie, Cambodge, Rwanda, Roumanie, Russie, Luxembourg, Comores, Canada, Mali, Monaco, Guinée. La troisième forme, avec pour unique représentant le Liban, prévoit que : « *La loi fixe les limites et les conditions de l’inamovibilité des magistrats* ».

dans tous les Etats, à l'exception de la République islamique de Mauritanie. C'est donc le cas du Mali (art. 3 de la loi n° 02-055 du 16 décembre 2002 portant statut de la magistrature), du Niger (art. 101 de la Constitution du 9 août 1999), du Burkina-Faso (art. 130 de la Constitution du 11 juin 1991), du Sénégal (art. 94 de la Constitution du 7 janvier 2001), de la Guinée (art. 15 de la loi organique n°91/008/CTRN du 23 décembre 1991 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Cour suprême de la République de Guinée), de la Côte-d'Ivoire (art.103 de la Constitution du 23 juillet 2000), du Togo (art. 114 de la Constitution du 27 septembre 1992), et du Bénin (art. 126 de la Constitution du 11 décembre 1990). Dans l'ancienne Afrique équatoriale française, le bénéfice de cette garantie se trouve formellement prévu au Tchad (art. 155 de la Constitution du 31 mars 1996), en République centrafricaine (art. 9 de la Constitution du 15 mars 2003), et au Congo (art. 141 de la Constitution du 20 janvier 2002). La notion d'inamovibilité est également retenue au Canada (art. 9 de la loi sur la Cour suprême du 8 avril 1875), en Haïti (art. 117 de la Constitution du 10 mars 1987), au Madagascar (art. 100 de la Constitution du 8 avril 1998), à Djibouti (art. 72 de la Constitution du 4 septembre 1992), au Cambodge (art. 114 de la Constitution du 21 septembre 1993), et aux Comores (art. 3 de la loi n°87-017 du 22 janvier 1991 portant statut des magistrats de la République fédérale islamique des Comores).

Mais au-delà des ces pays, la notion d'inamovibilité apparaît aussi dans la Constitution de plusieurs autres Etats. Il en va ainsi pour des pays limitrophes de la France, avec lesquels elle partage une histoire commune. En ce sens, il est possible de citer le Luxembourg (art. 91 de la Constitution du 17 octobre 1868), l'Italie (art. 107 de la Constitution du 27 décembre 1947), l'Espagne (art. art. 117 de la Constitution du 27 décembre 1978), le Portugal (art. 216-1 de la Constitution du 2 avril 1976), et Monaco (art. 6 de la loi du 15 juillet 1965 portant organisation judiciaire). Cette situation prévaut également dans certains Etats d'Europe de l'est, à l'égard desquels la France a entretenu des liens étroits entre la Première et la Seconde Guerres mondiales, ou auxquels elle a servi de modèle au lendemain de la Guerre froide. Il s'agit de la Pologne (art. 180 de la Constitution du 2 avril 1997), de la Bulgarie (art. 129 de la Constitution du 12 juillet 1991), de la Roumanie (art. 125 de la Constitution du 8 décembre 1991), et de la Russie (art. 121 de la Constitution du 12 décembre 1993). Enfin, cette garantie a été expressément reprise en Afrique, par la République démocratique du Congo (art. 150 de la Constitution du 18 février 2006), ancienne colonie belge, et au Rwanda (art. 142 de la Constitution du 4 juin 2003), ancienne colonie britannique. L'existence de ces deux seules exceptions, semble confirmer cette idée suivant laquelle l'extension de l'inamovibilité est principalement liée à l'influence exercée par la France sur d'autres territoires, au cours de son histoire.

233. La seconde catégorie d'Etats regroupe des pays qui, sans avoir expressément consacré la notion d' « *inamovibilité* » au sein de leur Constitution, en ont cependant repris le contenu. Le principal indice de la reconnaissance de cette garantie, réside alors dans l'impossibilité pour un juge ou un magistrat du siège, d'être désinvesti de ses fonctions en dehors d'un jugement rendu par une juridiction ou en vertu d'une procédure juridictionnelle. Cette situation a prévalu en France, depuis l'ordonnance de 1467 jusqu'à la Charte constitutionnelle de 1814, puis sous l'empire de la Constitution de 1848, et enfin pendant toute la durée de la III^{ème} République.

Il en va également ainsi dans certains Etats, dont les Constitutions prévoient que les « *juges sont nommés à vie* ». En ce sens, il est possible de citer la Belgique (art. 152 de la Constitution du 17 février 1994), les Pays-Bas (art. 117 de la Constitution du 17 février 1983), la Grèce (art. 88 de la Constitution du 11 juin 1975), et l'Estonie (art. 147 de la Constitution du 28 juin 1992). Hors ce cas spécifique, l'inamovibilité a aussi été reconnue sous cet angle, dans de nombreux autres Etats. Au sein de l'Union européenne, sont par exemple concernés huit Etats membres : l'Allemagne (art. 97-2 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949), l'Autriche (art. 88 de la Constitution du 1^{er} octobre 1920), le Danemark (art. 64 de la Constitution du 5 juin 1953), la Suède (art. 5, chapitre XI de la Constitution du 28 février 1975), la Finlande (art. 103 de la Constitution du 31 mars 2000), la Hongrie (art. 48-3 de la Constitution du 20 août 1997 et loi XVII de 1997 sur le statut et la rémunération des magistrats), la République tchèque (art. 82 de la Constitution du 16 décembre 1992), la Slovaquie (art. 147 de la Constitution du 1^{er} septembre 1992), et la Lituanie (article 115 de la Constitution du 25 octobre 1992). A l'extérieur de l'Union européenne, cette garantie est notamment assurée dans les textes constitutionnels des anciens départements, protectorats ou colonies français, qui n'ont pas expressément consacré la notion d' « *inamovibilité* ». Il en va ainsi de l'Algérie (art. 149 de la Constitution du 28 novembre 1996), de la Tunisie (art. 67 de la Constitution du 30 juin 1999⁶⁵⁵), et du Gabon (art. 70 de la Constitution du 26 mars 1991). Au-delà, elle apparaît dans divers pays à travers le monde. C'est le cas en Europe, dans les Constitutions de la République de Serbie (art. 146 et 148 de la Constitution du 19 octobre 2006), du Monténégro (art. 121 de la Constitution du 22 octobre 2007), et du Kosovo (art. 104 de la Constitution du 7 avril 2008). De la même façon, en Amérique latine, elle a été reconnue par les Constitutions du Mexique (art. 100 de la Constitution du 5 février 1917) et de la Bolivie (art. 116-VI de la Constitution du 2 février 1967). Enfin, en Afrique, elle figure dans les

⁶⁵⁵ Ce texte a toutefois été suspendu suite à la « *Révolution de Jasmin* » des mois de décembre 2010 et janvier 2011, dans l'attente de l'adoption d'une nouvelle Constitution.

Constitution du Soudan, ancienne colonie britannique (art. 104 de la Constitution du 1^{er} juillet 1998).

234. La troisième catégorie d'Etats regroupe les pays qui s'inscrivent dans la filiation de la conception de l'inamovibilité, développée au Royaume-Uni et aux Etats-Unis. A l'instar de la catégorie précédente, la notion d' « *inamovibilité* » n'est pas expressément formulée. Dans cette acception anglo-saxonne, la protection résulte d'une investiture dont la durée est subordonnée à la bonne conduite du juge, uniquement susceptible d'être remise en cause par le Parlement, suivant une procédure complexe intégrant certaines garanties juridictionnelles.

Au sein de l'Union européenne, cette garantie est prévue au Royaume-Uni (*Act of settlement* de 1701), mais également dans des Etats qui ont un jour relevé de sa souveraineté. C'est le cas de l'Irlande (art. 35 de la Constitution du 29 décembre 1937), de Malte (art. 97 de la Constitution du 21 septembre 1964), et de Chypre (art. 153-7 de la Constitution du 16 août 1960). A cette liste, s'ajoute la Lettonie (art. 84 de la Constitution du 15 février 1992) et la Slovénie (art. 129 et 132 de la Constitution du 23 décembre 1991). En dehors de l'Union européenne, cette conception est essentiellement reconnue dans les anciennes colonies britanniques et américaines. Relèvent de cette hypothèse, le Nigeria (art. 292 de la Constitution du 5 mai 1999), l'Afrique du sud (art. 177 de la Constitution du 7 février 1997), l'Inde (art. 124 de la Constitution du 26 mars 1950), l'Australie (sect. 72 de la Constitution du 9 juillet 1900), La Nouvelle-Zélande (sect. 23 de la Constitution du 13 décembre 1986), le Canada (sect. 99 de la Constitution de 1867), et les Philippines (section 11 du titre VIII de la Constitution du 2 février 1987). Enfin, cette conception de l'inamovibilité a été reprise par plusieurs Etats d'Amérique latine, comme par exemple, l'Argentine (art. 110 de la Constitution du 22 août 1994), le Chili (art. 77 de la Constitution du 11 septembre 1980), et la Colombie (art. 233 de la Constitution du 4 juillet 1991).

2°) Une garantie conventionnelle universellement défendue

235. La constatation d'une certaine universalité de l'inamovibilité, consacrée dans la plupart des Constitutions des Etats membres de la communauté internationale, conduit à s'interroger sur la place qui lui est reconnue dans le droit international, en tant que garantie d'indépendance pour les juges et les magistrats du siège.

236. Le bénéfice de cette garantie est de prime abord reconnu aux juges des principales juridictions régionales et internationales, par les statuts ayant procédé à leur création. Néanmoins, rares sont les hypothèses dans lesquelles la notion

d' « *inamovibilité* », se trouve formellement consacrée. Il en va par exemple ainsi, pour les membres de la Cour commune de justice et d'arbitrage. Au terme de l'article 36 du Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires⁶⁵⁶, il est effectivement précisé que ceux-ci « *sont inamovibles* ». Cependant, dans la grande majorité des cas, l'existence de cette garantie résulte de l'énoncé de règles spécifiques de désinvestiture. A l'échelle internationale, l'article 18 du Statut de la Cour internationale de justice⁶⁵⁷ prévoit en ce sens, que les membres de cette juridiction peuvent uniquement être relevés de leurs fonctions : « *si, au jugement unanime des autres membres, ils ont cessé de répondre aux conditions requises* ».

De la même façon, plusieurs illustrations peuvent être citées au niveau régional. Au sein de l'Organisation des Etats américains (OEA), les membres de la Commission interaméricaine des droits de l'homme⁶⁵⁸, et ceux de la Cour⁶⁵⁹ interaméricaines des droits de l'homme, peuvent seulement être révoqués par un vote de l'assemblée générale de cette organisation, après que celle-ci ait été saisie suivant le cas, d'une résolution de la Commission ou de la Cour. Dans le cadre de l'Organisation de l'unité africaine (OUA), la destitution d'un juge de la Cour africaine des droits de l'homme, n'est possible qu'au terme d'un jugement rendu à l'unanimité par ses pairs⁶⁶⁰. Au sein de l'espace européen, il convient d'opérer une distinction entre la Cour européenne des droits de l'homme, organe juridictionnel du Conseil de l'Europe, et la Cour de justice de l'Union européenne. Dans la première hypothèse, il ressort du Protocole additionnel n° 14⁶⁶¹ que : « *Un juge ne peut être relevé de ses fonctions que si les autres juges décident, à la majorité des deux tiers, que ce juge a cessé de répondre aux conditions requises* ». Dans le second cas, s'agissant aussi bien de la Cour de justice que du Tribunal de première instance, une

⁶⁵⁶ Traité créant l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis.

⁶⁵⁷ Statut annexé à la Charte des Nations Unies.

⁶⁵⁸ Article 10 du Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale de l'OEA, à l'occasion de la résolution n° 447 (IX-O/79) d'octobre 1979.

⁶⁵⁹ Article 20 du Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale de l'OEA, à l'occasion de la résolution n° 448 d'octobre 1979.

⁶⁶⁰ Article 19 du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, entré en vigueur le 25 janvier 2004.

⁶⁶¹ Plus précisément, l'article 23 (4) du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendement le système de contrôle de la Convention, du 13 mai 2004.

règle analogue s'applique. Toutefois, la formation de jugement inclut à la fois les juges de la juridiction concernée, et les avocats généraux de la Cour⁶⁶².

237. La défense de l'inamovibilité des juges et des magistrats du siège, figure ensuite parmi les objectifs poursuivis par la plusieurs organisations internationales et régionales. Ainsi, à l'occasion de ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies (ONU) a consacré au douzième rang des « *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature* »⁶⁶³, celui selon lequel : « *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* ». De la même manière, dans sa liste des « *Principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité* »⁶⁶⁴, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a inscrit en trentième position : « *Le principe d'inamovibilité, garantie essentielle de l'indépendance des juges* ». A l'échelon régional, le Conseil de l'Europe s'est montré particulièrement actif dans ce domaine. Ainsi, le Comité des ministres a expressément repris la formule de l'Assemblée générale des Nations Unies⁶⁶⁵, dans sa Recommandation n° R (94) 12 du 13 octobre 1994 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges. En outre, à l'occasion de son Avis n° 1 (2001) du 23 novembre 2001, le Conseil consultatif des juges européens (CCJE) a franchi une étape supplémentaire, en estimant « *que l'inamovibilité des juges devrait être un élément exprès de l'indépendance consacrée au niveau interne le plus élevé* »⁶⁶⁶.

⁶⁶² « *Les juges ne peuvent être relevés de leurs fonctions ni déclarés déchus de leurs droits à pension ou d'autres avantages en tenant lieu que si, au jugement unanime des juges et des avocats généraux de la Cour, ils ont cessé de répondre aux conditions requises ou de satisfaire aux obligations découlant de leur charge. L'intéressé ne participe pas à ces délibérations. Lorsque l'intéressé est un membre du Tribunal ou d'un tribunal spécialisé, la Cour décide après consultation du tribunal concerné* ». Article 6 du Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, JOUE, C 83/210, 10 mars 2010.

⁶⁶³ Ces principes ont été initialement adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985.

⁶⁶⁴ Document du 8 février 2005, de Présentation synoptique actualisé de l'ensemble des principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité.

⁶⁶⁵ Principe I (3).

⁶⁶⁶ Paragraphe 60. Le Comité consultatif est ici venu appuyer et préciser la recommandation de la Charte européenne sur le statut des juges, suivant laquelle : « *Dans chaque Etat européen, les principes fondamentaux du statut des juges sont énoncés dans les normes internes du niveau le plus élevé et ses règles dans des normes du niveau au moins législatif* ».

A côté des organisations internationales et régionales officielles, diverses organisations non gouvernementales se sont également engagées en faveur de l'inamovibilité. Ainsi, dans sa Déclaration de Cotonou du 15 janvier 2004, sur l'Etat de droit et la séparation des pouvoirs, l'Association africaine des hautes juridictions francophones (AAHJF), a souligné l'exigence d'une mise en œuvre intégrale de « *l'inamovibilité des magistrats du siège* ». De façon analogue, dans sa Recommandation de Bucarest du 1^{er} octobre 2005, l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF), a réaffirmé « *le principe de l'inamovibilité des juges* », comme condition de l'indépendance des juges et des juridictions. A cet égard, elle lui reconnaissait une place égale à celle du principe de la séparation des pouvoirs. Enfin, dans sa Motion sur l'indépendance de la justice, formulée à Dakar les 7 et 8 novembre 2007, l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage la langue du français (AHJUCAF), a rappelé l'importance de l'inamovibilité pour l'indépendance de la justice, après avoir qualifié cette dernière de « *base même du pacte social* », et de « *première condition de l'Etat de droit* »⁶⁶⁷.

238. Le respect de l'inamovibilité peut également apparaître comme une condition impérative, pour la participation à certaines organisations internationales ou régionales. Il peut en aller ainsi, y compris pour des organisations n'ayant pas pour objet principal la garantie des droits et libertés. C'est par exemple le cas de l'Union européenne. En effet, l'inamovibilité se trouve aujourd'hui consacrée au plus haut niveau normatif, dans chacun des vingt-sept Etats qui la composent. Or, à l'occasion des adhésions qui se sont succédées depuis le milieu des années 1995, l'inamovibilité des juges et des magistrats a souvent été mise en exergue par les Etats candidats, comme gage de respect des « *critères de Copenhague* »⁶⁶⁸.

SECTION 2 . La protection juridictionnelle de l'inamovibilité

239. La consécration de l'inamovibilité au plus haut niveau de la hiérarchie des normes en droit interne, si elle est une condition nécessaire à la reconnaissance d'un principe fondamental, constitue néanmoins une protection insuffisante en

⁶⁶⁷ Recueil des principales déclarations, motions et résolutions adoptées par les réseaux institutionnels de la Francophonie, 2008.

⁶⁶⁸ Voir par exemple en ce sens : A. Ferrand, rapport d'information n° 52 fait au nom de la délégation pour l'Union européenne sur la candidature de la Roumanie à l'Union européenne, Sénat, 4 novembre 2003, p. 10.

l'absence d'une garantie juridictionnelle complémentaire. En effet, dans sa fonction d'application du droit, le rôle du juge consiste à inscrire un énoncé statique dans un mouvement dynamique. Plus encore, le dépassement du raisonnement syllogistique au profit d'une démarche interprétative, lui permet de traduire cet énoncé en termes dynamiques. Comme l'a effectivement souligné à cet égard le Professeur Robert Charvin, c'est : « *le degré d'indépendance de l'organe chargé de faire respecter le principe de l'inamovibilité qui détermine le degré d'efficacité de ce principe* »⁶⁶⁹.

Traditionnellement, l'inamovibilité apparaît résumée à une garantie contre l'Exécutif, dans la mesure où la gestion directe de la carrière des magistrats, ressort historiquement de celui-ci⁶⁷⁰. Toutefois, cette conception centrée sur les relations entre le Gouvernement et la magistrature, fait abstraction de la hiérarchie des normes. Une échelle normative s'intercale effectivement entre les mesures individuelles prises par le Pouvoir exécutif, et la norme suprême qui consacre cette garantie. L'effectivité de l'inamovibilité est ainsi également tributaire, du respect de cette norme suprême par les normes intermédiaires. En conséquence, la violation de l'inamovibilité peut résulter d'une mesure individuelle ou réglementaire, prise en dehors des voies légales. Elle bénéficie alors d'une protection de la part des juridictions ordinaires (§ 1). Mais l'atteinte à l'inamovibilité peut aussi trouver sa source dans une loi ou dans le droit national. Dans ces conditions, elle est essentiellement préservée par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme (§ 2).

§ 1 . La protection de l'inamovibilité par les juridictions ordinaires

240. La garantie de l'inamovibilité par les juridictions ordinaires, apparaît ouverte aux deux ordres de juridictions, administratif et judiciaire. De manière assez paradoxale, ni l'un ni l'autre ne semble être à même de revendiquer un monopole en la matière. Le juge judiciaire dispose d'une légitimité naturelle, qui découle du principe de la séparation des pouvoirs, inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le juge administratif peut toutefois se prévaloir d'une légitimité rationnelle, résultant du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, issu de la loi des 16 et 24 août 1790, ainsi que d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, dégagé par le Conseil constitutionnel, et en vertu duquel : « *relève en dernier ressort de la compétence de*

⁶⁶⁹ R. Charvin, *Justice et politique : évolution de leurs rapports*, LGDJ, Paris, 1968, p. 191.

⁶⁷⁰ C. Gour, *op. cit.*, p. 333.

la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents...ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »⁶⁷¹. Cette légitimité rationnelle du juge administratif a pris le pas sur la légitimité naturelle du juge judiciaire, ce premier s'étant érigé en garant de l'inamovibilité (A). Cependant, une présomption de compétence subsiste encore à ce jour, au profit du second (B).

A. Le Conseil d'Etat, juge autoproclamé des atteintes à l'inamovibilité

241. Le fondement de la compétence du juge administratif, pour connaître des atteintes portées à l'inamovibilité des magistrats du siège, trouve sa source dans la distinction entre les actes qui touchent à l'organisation du service public de la justice, et ceux qui affèrent à son fonctionnement. Cette division a été opérée par le Tribunal des conflits, dans son arrêt du 27 novembre 1952, « *Officiers ministériels de Cayenne* »⁶⁷². Le principe de cette jurisprudence a été clairement explicité par le Commissaire du gouvernement Philippe Dondoux, dans ses conclusions sur un arrêt ultérieur du Conseil d'Etat, « *Sieur Rousseau* », du 14 mars 1975. Etait concernée en l'espèce, une sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un magistrat du siège. Afin de déterminer l'ordre juridictionnel compétent, le Commissaire du gouvernement s'était alors exprimé en ces termes : « *Si l'acte incriminé est relatif à l'organisation même du service public judiciaire, la juridiction administrative est compétente. Au contraire, le juge judiciaire est seul compétent si l'acte est relatif à l'exercice de la fonction juridictionnelle ou implique une appréciation à porter sur la marche même des services judiciaires* »⁶⁷³. Sur la base de cette distinction, la haute juridiction administrative s'est reconnue compétente à partir de la même époque, à la fois en excès de pouvoir (1°) et en cassation (2°), pour juger des actes susceptibles de porter atteinte à l'inamovibilité.

1°) Le Conseil d'Etat, juge historique de l'excès de pouvoir

242. Plus d'un siècle avant que ne soit rendue la décision « *Conseil de la concurrence* », la loi du 24 mai 1872 sur la réorganisation du Conseil d'Etat - celle-là même qui est à l'origine du passage définitif de la justice retenue à la justice

⁶⁷¹ CC, décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, « *Conseil de la concurrence* », cons. 15.

⁶⁷² TC, arrêt du 27 novembre 1952, « *Officiers ministériels de Cayenne* » (dit « *Préfet de la Guyane* »), Rec. p. 642, JCP 1953.II.7598, note G. Vedel.

⁶⁷³ CE, arrêt du 14 mars 1975, « *Sieur Rousseau* », RDP, 1975, p. 823.

déléguée - prévoyait déjà que : « *Le Conseil d'Etat statue souverainement sur...les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives* ». Or, dans la mesure où les atteintes arbitraires à l'inamovibilité sont historiquement associées aux excès du Pouvoir exécutif, ou à ceux de ses démembrements administratifs, c'est assez logiquement que la haute juridiction administrative s'est imposée comme la garante de cette garantie dans le cadre du contentieux de l'annulation. La reconnaissance de sa compétence par le Conseil d'Etat s'est ainsi progressivement imposée au cours du temps, avec des variations suivant la nature de la violation. Ce rôle central de la haute juridiction administrative, considéré en sa qualité de juge de l'excès de pouvoir, a toutefois été amené à évoluer à partir du début des années 2000, au profit d'une intervention plus large de la juridiction administrative.

243. L'archétype de l'atteinte à l'inamovibilité, est la mesure d'éviction prise par une autorité distincte de celle normalement chargée par les textes, de prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre des magistrats du siège. Elle peut alors notamment consister en une révocation, une mise à la retraite d'office, ou encore une suspension. Mais dans la mesure où de tels actes interviennent traditionnellement dans un contexte politique marqué par la mise en œuvre de pouvoirs de crise, le Conseil d'Etat a rarement été amené à statuer sur ceux-ci. En outre, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 24 mai 1872 précitée, le système de la justice retenue y faisait politiquement obstacle. Dans ses *Conférences sur l'administration*, Léon Aucoc cite ainsi l'exemple d'une requête déposée par des conseillers à la Cour de cassation, qui avaient été suspendus de leurs fonctions par le gouvernement provisoire de la Seconde République, en avril 1848. Selon eux, la privation de leur traitement pendant la durée de leur suspension, était illégale, faute d'avoir été prévue par les textes. Mais alors que le Conseil d'Etat avait adopté en juillet 1852, un projet de décret leur donnant gain de cause, l'Empereur devait accepter de signer celui-ci le 4 mai 1861, soit neuf ans plus tard⁶⁷⁴.

Il fallut finalement attendre la fin de la Seconde Guerre mondiale, dans le contexte particulier de la Libération, pour que la question de la compétence du Conseil d'Etat reçoive un semblant de réponse positive. Afin de satisfaire aux besoins de l'épuration du corps judiciaire, la suspension de l'inamovibilité prévue par la loi du 17 juillet 1940⁶⁷⁵, avait alors été maintenue en vigueur malgré la fin du Régime de Vichy. Elle devait l'être jusqu'à l'intervention de l'ordonnance du 13

⁶⁷⁴ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. 1, éd. Dunod, Paris, 1869, p. 502.

⁶⁷⁵ Loi du 17 juillet 1940, JO, 18 juillet 1940, p. 4538.

avril 1945, relative à la discipline et à l'avancement des magistrats⁶⁷⁶. Dans ce cadre, le Gouvernement provisoire de la République française prit l'ordonnance du 27 juin 1944, donnant compétence au commissaire de la justice, pour sanctionner disciplinairement les magistrats coupables de collaboration. Parallèlement, une commission centrale d'épuration de la magistrature (CEM), fut installée au ministère de la justice, le 7 septembre 1944⁶⁷⁷, afin d'instruire les dossiers et formuler des propositions. Or, en dépit de la suspension de l'inamovibilité, l'ordonnance du 27 juin 1944 permit aux magistrats sanctionnés, d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre les décisions du commissaire de la justice. Mieux encore, les délais de recours furent rouverts par la loi du 6 août 1953⁶⁷⁸, en raison du faible nombre de requêtes déposées en application de la première ordonnance. Cette possibilité de recours visait essentiellement les mesures arbitraires, c'est à dire non justifiées par des faits de collaboration. Selon Gérard Masson, trente-cinq requêtes auraient ainsi été déposées au greffe du Conseil d'Etat, entre 1945 et 1953. Parmi elles, dix-neuf recours firent l'objet d'un rejet, et seize requêtes furent favorablement accueillies par la Haute juridiction administrative. Ainsi, le Pouvoir exécutif fut le premier à consacrer la compétence du Conseil d'Etat pour connaître de tels actes.

Mais à défaut de violations analogues depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, le Conseil d'Etat n'a pas été amené à confirmer sa compétence, indépendamment de textes la prévoyant précisément. Pourtant, certains indices laissent penser qu'il pourrait se reconnaître compétent aujourd'hui encore, pour statuer sur des atteintes ponctuelles à l'inamovibilité. Ainsi, suivant une jurisprudence constante depuis la III^{ème} République, le juge administratif accepte de statuer sur les recours dirigés contre les sanctions prises par le garde des Sceaux à l'égard des magistrats du parquet⁶⁷⁹. Il importe alors peu que la décision en cause ait été prise sur avis d'un organe consultatif. Concernant plus précisément les magistrats du siège, le Conseil d'Etat accepte déjà de connaître des avertissements prononcés par le premier président d'une cour d'appel⁶⁸⁰. De la même façon, il se reconnaît

⁶⁷⁶ Ordonnance n° 45-373 du 13 avril 1945, JO, 14 avril 1945, p. 2974.

⁶⁷⁷ JO, 19 septembre 1944, p. 822.

⁶⁷⁸ Article 16 de la loi n° 53-681 du 6 août 1953 : « *Les délais de recours gracieux et contentieux sont rouverts, à compter de la publication de la présente loi, au bénéfice des personnes frappées d'une sanction au titre de l'épuration administrative* », JO, 7 août 1953, p. 6942.

⁶⁷⁹ CE, arrêt du 18 décembre 1936, « *Hurleaux* », Rec. p. 126 ; CE, arrêt du 12 janvier 1949, « *Moussset* », Rec. p. 16 ; CE, 21 février 1958, « *Aubertin* », Rec. p. 122.

⁶⁸⁰ CE, arrêt du 16 janvier 1976, « *Dujardin* », Rec. p. 44 ; chron. Boyon et Nauwelaers, AJDA 1976, p. 75.

compétent pour statuer sur le refus du Conseil supérieur de la magistrature, intervenant alors comme autorité administrative, de réviser une sanction disciplinaire⁶⁸¹. Aussi, sauf à amoindrir la protection offerte par l'inamovibilité, la compétence du Conseil d'Etat pour connaître d'une mesure d'éviction y portant atteinte, semble être acquise.

244. Une autre atteinte classique à l'inamovibilité, est celle qui résulte du non respect de l'inamovibilité de résidence. Cette atteinte consiste concrètement en une mesure de déplacement prise sans le consentement préalable du magistrat intéressé. Il importe alors peu qu'elle revête le caractère d'une sanction. Pour autant, la reconnaissance de sa compétence par le Conseil d'Etat, a été progressive.

Sous la III^{ème} République, le droit de déplacer d'office un magistrat du siège en l'absence de sanction disciplinaire, relevait du chef de l'Etat. Toutefois, une telle mesure devait intervenir, en vertu de la loi du 30 août 1883, sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature⁶⁸². Puis, à partir de 1929, la compétence du Conseil fut attribuée à une commission uniquement composée de magistrats⁶⁸³. Dans ce cadre, ainsi que l'a souligné le Professeur Liet-Veaux⁶⁸⁴, il semblerait que la haute juridiction n'ait été saisie « *à notre connaissance* », ni de pourvois contre les avis du Conseil supérieur, ni contre ceux de cette commission. Cependant, le Conseil d'Etat a opéré un revirement de jurisprudence avec l'avènement de la IV^{ème} République. En effet, alors même que les nominations étaient faites par le chef de l'Etat, sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature, la haute juridiction s'est reconnue compétente pour connaître des recours dirigés contre celles-ci. Dans ses conclusions sur l'arrêt du 27 mai 1949, « *Sieur Veron-Reville* », le Commissaire du gouvernement Odent a justifié une telle solution, au nom du renforcement de l'indépendance des magistrats du siège. Pour lui, la garantie supposée offerte par l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature, devait être complétée par l'existence d'un droit au recours pour le magistrat intéressé⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ CE, arrêt du 18 mai 1956, « *Dompietrini* », Rec. p. 214.

⁶⁸² Loi du 30 août 1883.

⁶⁸³ Loi du 25 juillet 1929.

⁶⁸⁴ G. Liet-Veaux, note sous l'arrêt du Conseil d'Etat, 17 avril 1953, « *Falco et Vidailiac* », AJDA, 1953, p. 266.

⁶⁸⁵ « *Affirmons à ce propos que l'intervention constitutionnellement obligatoire, du Conseil supérieur de la magistrature dans la procédure qui aboutit à nommer les magistrats du siège, ne modifie pas le caractère d'actes administratifs des décrets de nomination et n'est pas de nature à faire disparaître votre contrôle de légalité. Ce n'est pas parce que les magistrats sont maintenant nommés par le président de la République sur présentation d'un organisme prévu par la Constitution qu'ils ont perdu le droit de discuter ou de critiquer ces nominations par la voie du recours pour excès*

Cet état du droit ne semble pas avoir été remis en cause depuis lors, malgré quelques modifications apportées à la compétence du Conseil supérieur, en matière de déplacement des magistrats du siège. Ceux qui occupent les plus hauts emplois au sein de la magistrature judiciaire⁶⁸⁶, sont nommés par décret délibéré en Conseil des ministres, sur proposition du Conseil supérieur. Le Conseil d'Etat a précisément maintenu la jurisprudence « *Véron-Réville* » à leur égard, à l'occasion d'un arrêt du 20 mars 1992, « *Union syndicale des magistrats et autres* »⁶⁸⁷. Concernant les autres magistrats du siège, il convient de distinguer deux périodes. Avant 1993, ceux-ci étaient nommés sur avis simple du Conseil supérieur de la magistrature. Le Conseil d'Etat acceptait alors de connaître des recours dirigés contre les nominations. Ainsi, dans un arrêt « *Pacaud et autres* » du 29 juin 1983⁶⁸⁸, le Conseil d'Etat avait été amené à statuer sur un décret du Président de la République, qui désignait des magistrats du ressort de la cour de Colmar, pour siéger au Tribunal aux armées des forces françaises en Allemagne. Depuis l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993, les décisions de nomination sont désormais prises par le chef de l'Etat, sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. A défaut d'illustration jurisprudentielle précise, plusieurs arrêts rendus dans des domaines connexes, laissent présumer de la compétence du Conseil d'Etat pour connaître de recours dirigés contre de tels actes. Ainsi, admet-il de statuer sur le refus du garde des Sceaux de proposer un candidat aux fonctions de juge de proximité, sachant qu'une telle décision est prise sur avis conforme du Conseil supérieur⁶⁸⁹. De la même façon, il accepte de connaître de la nomination d'un magistrat au second grade de la hiérarchie judiciaire, sur avis conforme de la commission d'avancement⁶⁹⁰. Au demeurant, l'application de la jurisprudence « *Véron-Réville* » semble s'imposer, confirmant ainsi la compétence de la haute juridiction administrative.

de pouvoir. La Constitution de 1946 a voulu leur donner une garantie supplémentaire : il serait paradoxal qu'il en résultât un amoindrissement des garanties existantes. Les missions respectives du Conseil d'Etat et du Conseil supérieur de la magistrature doivent d'ailleurs se concilier harmonieusement : il ne peut être question d'opposer l'organe consultatif et l'organe juridictionnel. L'un et l'autre concourant, chacun dans la limite de ces attributions, à fortifier dans le respect de la légalité, l'indépendance de la justice », D. 1950, p. 95 ; note Rolland, AJDA, 1949, p. 372.

⁶⁸⁶ Les magistrats du siège de la Cour de cassation, les premiers présidents des cours d'appel, et les présidents des tribunaux de grande instance.

⁶⁸⁷ CE, arrêt du 20 mars 1992, « *Union syndicale des magistrats et autres* », Rec. p. 122.

⁶⁸⁸ CE, Sect., arrêt du 29 juin 1983, « *Pacaud et autres* », note de Pierre Soler-Couteaux, *L'arrêt Pacaud, contribution au déclin de l'inamovibilité des magistrats du siège*, RFDA, n° 1, janvier-février 1985, pp. 108-116.

⁶⁸⁹ CE, arrêt du 17 mars 2008, « *M. A* », Req. n° 296313.

⁶⁹⁰ CE, arrêt du 30 décembre 2003, « *Mme Mocko* », Req. n° 243943.

245. Le rôle central joué par le Conseil d'Etat en sa qualité de juge de l'annulation, dans la protection des magistrats contre les atteintes portées à leur inamovibilité, s'est trouvée incidemment confirmé jusqu'à une date récente, par le pouvoir réglementaire lui-même. Dans sa rédaction en vigueur avant le 24 février 2010, l'article R. 311-1 du code de justice administrative prévoyait en effet que : « *Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort...3° Des litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du Président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (3^e alinéa) de la Constitution...* ». Sans avoir été à proprement parler remise en cause, cette place particulière de la haute juridiction administrative a néanmoins été conduite à évoluer à compter du début des années 2000, suite à la mise en œuvre de réformes législatives ou réglementaires venues renforcer plus largement la compétence de la juridiction administrative en la matière.

Tel est d'abord le cas de la loi du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives⁶⁹¹. Ce texte s'est notamment traduit par l'institution du référé liberté, procédure d'urgence aujourd'hui codifiée à l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Cette dernière disposition prévoit précisément que : « : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public...aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ». Or, il est possible de s'interroger sur la possibilité pour un magistrat qui ayant fait l'objet d'une mesure d'éviction ou de déplacement d'office, d'exercer un tel recours en référé, en arguant d'une violation de l'inamovibilité. A ce jour, le Conseil d'Etat a été saisi d'au moins deux recours sur ce fondement⁶⁹². Dans chaque hypothèse, le requérant demandait à la haute juridiction d'enjoindre à l'autorité compétente, à savoir le Président de la République, de le rétablir dans ses fonctions de magistrat du siège. Selon eux, le décret de radiation dont ils avaient fait l'objet, était contraire au « *principe constitutionnel de l'inamovibilité des magistrats du siège* ». L'un des deux requérants ajoutait par ailleurs, que sa nomination dans des fonctions du parquet au sein d'une autre juridiction, suite à une réintégration dont il avait bénéficié, contrevenait également à ce principe. Cependant, ces requêtes ont été rejetées. En effet, la mesure de radiation des cadres de la magistrature, était consécutive à une sanction disciplinaire de révocation, prononcée par le Conseil supérieur de la

⁶⁹¹ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

⁶⁹² CE, ordonnance du 10 juillet 2006, « *M. Jacques A.* », Req. n° 294971 ; et CE, ordonnance du 10 juillet 2006, « *Bidalou* », Req. n° 294971.

magistrature. Le magistrat qui avait bénéficié d'une mesure de réintégration dans la magistrature, avait d'ailleurs été radié une seconde fois quelques années après. Dans ce conditions, le Conseil d'Etat n'a pas eu besoin de déterminer si l'inamovibilité constitue ou non, une « *liberté fondamentale* » au sens de l'article L. 521-2 précité. Un doute subsiste donc en l'état du droit, concernant le bénéfice de cette disposition aux magistrats irrégulièrement évincés ou déplacés d'office. Reste qu'à défaut de pouvoir recourir utilement à la procédure du référé liberté, un magistrat dont l'inamovibilité aura été violée pourra toujours, concomitamment au dépôt d'une requête en annulation, exercer un recours en référé suspension contre la décision contestée. En utilisant cette autre procédure d'urgence aujourd'hui codifiée à l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le magistrat concerné sera susceptible d'obtenir du juge des référés, dans l'attente de l'examen au fond du litige, que celui-ci ordonne : « *la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* »⁶⁹³.

Il appartient d'évoquer au-delà, toujours dans le sens d'un accroissement du rôle imparti à la juridiction administrative, l'adoption du décret du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives⁶⁹⁴. Ce texte s'est en effet traduit par une nouvelle rédaction de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, qui dispose désormais que : « *Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort...3° Des litiges concernant le recrutement et la discipline des agents publics nommés par décret du président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (alinéa 3) de la Constitution...* ». Cette disposition opère concrètement un partage des compétences entre le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs, pour connaître en première instance des recours en annulation exercés à l'occasion de litiges se rapportant à la carrière des magistrats. Ainsi et pour s'en tenir à la problématique de l'inamovibilité, tandis que le Conseil d'Etat demeure compétent en premier et dernier ressort pour statuer sur les litiges afférents à la discipline des magistrats, tous les autres litiges liés au déroulement de leur carrière relèvent maintenant : « *en première instance du tribunal administratif, qu'il s'agisse de la rémunération, de l'avancement, des mutations, de la sortie du service si elle n'est pas disciplinaire, et bien sûr des pensions* »⁶⁹⁵. En permettant de réduire le nombre de litiges susceptibles d'être portés devant le Conseil d'Etat, ce partage a vocation à améliorer leurs délais de traitement contentieux. Cette

⁶⁹³ Voir à cet égard : CE, ordonnance du 13 janvier 2010, « *M. Jacques A.* », Req. n° 334507.

⁶⁹⁴ Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

⁶⁹⁵ D. Chabanol, *Code de justice administrative*, Le Moniteur, Paris, 4^e éd., 2010, p. 323.

conséquence n'est sans doute pas négligeable, au regard du souci d'assurer le respect d'une garantie telle que l'inamovibilité. En outre, s'agissant des litiges qui relèvent désormais de la compétence des tribunaux administratifs, il convient de distinguer deux hypothèses. Comme le prévoit l'article R. 311-1 du code précité, le tribunal administratif est compétent pour connaître en premier et dernier ressort de l'essentiel des litiges relatifs au déroulement de la carrière des magistrats. Toutefois, et ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat à partir d'une lecture combinée de cet article et de l'article R. 811 du même code, les litiges afférents à la sortie du service sont susceptibles d'être portés en appel devant la cour administrative d'appel⁶⁹⁶. Rompant en cela avec l'état du droit antérieur, la nouvelle réglementation soumet donc les mesures non disciplinaires les plus graves, à la garantie offerte par un double degré de juridiction. Et, mieux encore, tous les litiges ayant trait aux deux hypothèses évoquées, peuvent être *in fine* portés en cassation devant le Conseil d'Etat.

246. Reste qu'une atteinte à l'inamovibilité peut également résulter d'une sanction disciplinaire, prononcée par le Conseil supérieur de la magistrature à l'encontre d'un magistrat du siège. En effet, cette garantie suppose au sens large, qu'un magistrat ne puisse faire l'objet d'une mesure individuelle, en dehors des cas et conditions prévues par la loi. Aussi, si la compétence du Conseil supérieur, prévue par la Constitution et le Statut de la magistrature, fait présumer du respect de l'inamovibilité, elle peut également y porter atteinte dès lors que les modalités de son intervention ne sont pas observées. Or, si le fondement d'un recours contre de telles sanctions, a d'abord été recherché dans le recours pour excès de pouvoir, celui-ci a finalement trouvé son assise dans le recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

2°) Le Conseil d'Etat, juge de cassation actuel

247. La question de la compétence du Conseil d'Etat, pour connaître des sanctions prononcées par Conseil supérieur de la magistrature, a été soulevée entre les deux Guerres mondiales. Au terme de la loi du 30 août 1883, cette autorité se trouvait alors constituée par la Cour de cassation, siégeant toutes chambres réunies. La Haute juridiction administrative, saisie d'un tel recours à l'occasion d'un arrêt « *Kervégand* »⁶⁹⁷ du 14 décembre 1927, s'était en conséquence déclarée incompétente. Cependant, la justification de cette solution a été apportée seulement quelques années plus tard, par le Commissaire du gouvernement Etori, dans ses

⁶⁹⁶ Voir par analogie : CE, arrêt du 16 juin 2004, « *Mlle Monique X* », Req. n° 265711.

⁶⁹⁷ CE, arrêt du 14 décembre 1927, « *Kervégand* », Rec. p. 1200. Pour une confirmation, voir : CE, arrêt du 8 mai 1934, « *Hannesse* », Table 1925-1934, p. 7.

conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du 3 juillet 1931, « *Le Scornet* »⁶⁹⁸. Les arguments invoqués par celui-ci étaient de deux ordres. D'une part, il soulignait qu'en application du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, le contrôle du Conseil d'Etat ne pouvait pas porter sur les actes purement internes à l'administration de la justice. D'autre part, la loi ayant prévu une réserve de compétence en faveur du Conseil supérieur de la magistrature, il estimait que la juridiction administrative devait respecter la lettre de ce texte. A défaut, le Conseil d'Etat se serait placé au-dessus de la loi et du Parlement, respectivement regardés comme l'expression et le dépositaire de la souveraineté. Ainsi, le recours pour excès de pouvoir se voyait écarté pour les magistrats inamovibles. Au contraire, il était ouvert aux magistrats exclus du bénéfice de cette garantie. Il en allait notamment ainsi, des magistrats non mentionnés par la loi du 30 août 1883, tels que les juges de paix⁶⁹⁹ et les juges de colonies. D'ailleurs, le Conseil d'Etat acceptait de connaître de la situation des seconds, depuis le début du XIXe siècle, comme l'a illustré un arrêt « *Barrière de La Benne* », rendu le 16 décembre 1835⁷⁰⁰.

Sous la IV^{ème} République, l'institution d'un organe *sui generis* pour exercer, en substitution de la Cour de cassation, les fonctions de Conseil supérieur de la magistrature, ne s'est pas traduite par un revirement de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Cette continuité jurisprudentielle a été expliquée par le Commissaire du gouvernement Donnedieu de Vabres, dans ses conclusions sur l'arrêt du 17 avril 1953, « *Falco et Vidailiac* ». Selon lui, cette solution était liée à la nature des décisions disciplinaires prises par le Conseil supérieur. Il s'agissait essentiellement d'actes relevant du fonctionnement du service public judiciaire : « *Echappent donc à votre contrôle, non seulement les décisions de justice qui constituent essentiellement l'exercice de la fonction judiciaire mais en outre différentes opérations inséparables, indétachables de l'exercice de cette fonction. – Au contraire, la création des tribunaux, leur répartition sur le territoire, leur organisation générale, la nomination des magistrats et, tout ce qui concerne l'organisation de leur carrière, leur rémunération, leur avancement et, sauf le cas d'une mesure disciplinaire intéressant les magistrats du siège, leurs cessation de fonctions, toutes ces questions ne sont point l'exercice même de la fonction judiciaire* »⁷⁰¹. Au-delà, les Professeurs Auby et Drago ont relaté que la doctrine se serait elle-même accordée, sur l'existence d'une sorte de règle traditionnelle, conduisant à ôter à la juridiction administrative

⁶⁹⁸ CE Ass., arrêt du 3 juillet 1931, « *Le Scornet* », Rec., p. 736 ; S. 1932.3.87 ; DP 1931.3.48.

⁶⁹⁹ CE, arrêt du 14 mai 1915, « *Dolin* », Rec. p. 141 ; CE, arrêt du 11 août 1944, « *Four* », Rec. p. 133.

⁷⁰⁰ CE, arrêt du 16 décembre 1835, « *Barrière de La Benne* », Rec. p. 679.

⁷⁰¹ CE, arrêt du 17 avril 1953, « *Falco et Vidailiac* », p. 448.

toute compétence pour connaître des sanctions disciplinaires prononcées par le Conseil supérieur de la magistrature⁷⁰².

248. Dans ces conditions, la compétence du Conseil d'Etat pour connaître des sanctions prononcées par le Conseil supérieur de la magistrature, ne relevait pas de l'évidence au début de la V^{ème} République. Le recours pour excès de pouvoir apparaissait catégoriquement exclu. L'autre voie envisageable, était celle de la cassation. Effectivement, à l'occasion d'un arrêt « *D'Aillères* »⁷⁰³, du 7 février 1947, le Conseil d'Etat avait admis la recevabilité des pourvois en cassation portés devant lui, contre les décisions rendues par les juridictions administratives statuant en dernier ressort. Cependant, la transposition de cette jurisprudence à la situation étudiée, demeurait incertaine. En effet, comme le souligne le Professeur Gohin, la cassation peut être définie en contentieux administratif, comme : « *la voie de recours instituée contre toute décision rendue en dernier ressort par une juridiction administrative afin de contrôler la régularité de ce jugement définitif au titre de sa légalité externe ou interne mais hors de toute appréciation des faits* »⁷⁰⁴. En conséquence, l'ouverture d'un tel recours implique la réunion de quatre conditions : la décision doit émaner d'une juridiction ; cette dernière doit revêtir un caractère administratif ; la décision doit être susceptible de faire l'objet d'un recours ; enfin, le Conseil d'Etat doit être en mesure d'exercer un contrôle d'une certaine intensité sur celle-ci.

Concernant les trois premières conditions, celle relative à la nature juridictionnelle du Conseil supérieur statuant en matière disciplinaire, pouvait être présumée. Les magistrats du siège étant qualifiés d'inamovibles par l'article 64 de la Constitution, il semblait naturel que l'instance disciplinaire dont ils relevaient, revête un caractère juridictionnel. En revanche, les deux autres exigences se heurtaient à des obstacles importants. Tout d'abord, une décision rendue à titre disciplinaire par le Conseil supérieur n'était pas, selon le premier alinéa de l'article 57 du Statut organique, « *susceptible de recours* ». La haute juridiction administrative ayant déjà été confrontée à une telle disposition dans l'affaire « *D'Aillères* », elle avait alors eu recours à la construction prétorienne dégagée dans son arrêt « *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte* »⁷⁰⁵ du 17 février 1950. En l'espèce, le Conseil d'Etat

⁷⁰² CE, arrêt du 11 mai 1953, « *Roffé* », note A. de Laubadère ; CE, arrêt du 26 juin 1953, « *Dorly* », S. 1954.3.20.

⁷⁰³ CE, arrêt du 7 février 1947, « *D'Aillères* », Rec. p. 50 ; concl. R. Odent, note M. Waline, RDP 1947 p. 68.

⁷⁰⁴ O. Gohin, *Contentieux administratif*, Litec, Paris, 2^e éd., 1999, p. 340.

⁷⁰⁵ CE, arrêt du 17 février 1950, « *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte* », concl. Delvolvé, note M. Waline, RDP, 1951, p. 478.

avait été saisi d'un recours contre une sanction prononcée par le jury d'honneur créé à la Libération, par l'ordonnance du 21 avril 1944. Après avoir considéré que cette instance constituait une juridiction administrative, il avait relevé que l'article 18 *bis* de ce texte, prévoyait qu'une décision rendue par cette instance : « *n'est pas susceptible de recours* ». Afin de fonder sa compétence, le Conseil d'Etat a toutefois neutralisé cette disposition en estimant que : « *l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire, clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'Etat* ». Or, la situation du Conseil supérieur de la magistrature était différente de celle du jury d'honneur. Il était en effet paradoxal d'accepter que le Conseil d'Etat puisse statuer en cassation, sur les décisions rendues par le Conseil supérieur, sachant que seul ce dernier possède une assise constitutionnelle. Enfin, la troisième condition, relative à la nature administrative de la juridiction disciplinaire, se heurtait à une réalité historique. Jusqu'à la fin de la III^{ème} République, les magistrats du siège avaient toujours été jugés par une juridiction d'apparence judiciaire, en matière disciplinaire.

249. En dépit de ces obstacles, le Conseil d'Etat s'est finalement reconnu compétent, à l'occasion d'un arrêt d'Assemblée du 12 juillet 1969, « *L'Etang* ». Celui-ci a eu recours à une formule succincte pour qualifier le Conseil supérieur. D'une part, il a jugé que « *ce conseil a un caractère juridictionnel lorsqu'il statue comme conseil de discipline des magistrats du siège* ». D'autre part, il a souligné qu'« *en raison de la nature des litiges qui lui sont soumis et qui intéressent l'organisation du service public de la justice, il relève du contrôle de cassation du Conseil d'Etat statuant au contentieux* ». En revanche, c'est sciemment qu'il semble avoir éludé la lettre de l'article 57 alinéa 1^{er} de l'ordonnance organique. Le législateur organique tirera les conséquences de cette jurisprudence *contra legem* trente ans plus tard, en abrogeant cette disposition⁷⁰⁶. Mais, à défaut d'être incontestable sur le plan juridique, cette solution apparaît néanmoins légitime quant à sa finalité. Cela ressort paradoxalement des commentaires du Professeur Waline, pourtant critique à l'égard de l'arrêt « *L'Etang* », dans une note formulée sous cet arrêt. Selon lui, le rattachement d'une instance disciplinaire à l'organisation de la justice, pouvait se justifier en prenant uniquement en considération le résultat de l'instance, susceptible : « *selon la gravité de la sanction prononcée, (de) conduire à la modification de la composition d'une juridiction, si le magistrat est finalement frappé d'une peine entraînant son exclusion (mise à la retraite d'office, révocation), ou son déplacement d'office, ou le retrait de certaines fonctions* »⁷⁰⁷. Il s'agit donc

⁷⁰⁶ Article 19 de la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative aux magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature.

⁷⁰⁷ M. Waline, RDP, p. 391.

pour le Conseil d'Etat de s'assurer que le magistrat a été légalement évincé de son siège, sachant qu'une telle mesure va avoir, en toute hypothèse, des répercussions sur la composition de la juridiction. Mais alors qu'une éviction légale, entraîne uniquement des conséquences d'ordre organisationnel, une éviction illégale conduit à s'interroger sur les motivations qui ont guidé le Conseil supérieur, dans l'adoption d'une telle sanction. Ainsi, à la lecture du Professeur Waline, il est possible de voir dans la compétence du Conseil d'Etat, une garantie supplémentaire en faveur de l'inamovibilité.

Cependant, la compétence du Conseil d'Etat à l'égard des sanctions prononcées par le Conseil supérieur de la magistrature, devait en principe demeurer limitée. C'est ce que prenaient soin de souligner les Conseillers d'Etat Dewost et Denoix de Saint-Marc, dans une chronique sous l'arrêt « *L'Etang* ». Le contrôle de cassation était jugé de prime abord, « *par sa nature même, beaucoup moins étendu* » que celui de l'excès de pouvoir. En outre, l'application de la jurisprudence « *Officiers ministériels de Cayenne* », devait interdire à la haute juridiction administrative : « *d'examiner les moyens tirés de la qualification juridique des faits qui ont motivé la sanction chaque fois que les moyens impliquent l'examen « d'actes accomplis par l'intéressé dans l'exercice des pouvoirs d'ordre judiciaire attachés à ses fonctions* »⁷⁰⁸. Pour autant, le Conseil d'Etat est revenu sur sa jurisprudence six ans plus tard, à l'occasion d'un arrêt du 14 mars 1975, « *Rousseau* »⁷⁰⁹. Dans ses conclusions, le Commissaire du gouvernement Philippe Dondoux avait en effet suggéré au Conseil de faire évoluer sa jurisprudence, dans le sens d'une distinction entre l'appréciation des faits reprochés et leur qualification juridique. Tandis que la première continuait à relever de la compétence souveraine du Conseil supérieur de la magistrature, statuant au fond, la compétence du Conseil d'Etat était étendue à la seconde, dans la mesure où cette dernière « *conduit nécessairement à ne pas s'immiscer dans le fonctionnement du service judiciaire* ». Afin d'emporter la conviction de la haute juridiction, le Commissaire concluait en ces termes : « *En affirmant la plénitude de votre juridiction, vous apporterez une garantie supplémentaire aux magistrats du siège* ».

B. La juridiction judiciaire, juge naturel des atteintes à l'inamovibilité

250. La compétence du Conseil d'Etat pour connaître des atteintes portées à l'inamovibilité, en excès de pouvoir et en cassation, correspond au droit positif.

⁷⁰⁸ M.M. Dewost et Denoix de Saint Marc, *chronique*, Actualité juridique, 1969, p. 560.

⁷⁰⁹ CE, arrêt du 14 mars 1975, « *Rousseau* », Rec. p. 194 ; concl. Dondoux, RDP, 1975, p. 823.

Néanmoins, la légitimité naturelle dont bénéficient les juridictions judiciaires, vis-à-vis de la situation de leurs membres, conduit à s'interroger sur l'idée d'une compétence concurrente de celles-ci. Il semble effectivement possible d'envisager une compétence marginale des juridictions judiciaires, dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir (1°). En outre, il convient de rappeler l'absence de consensus entourant la jurisprudence « *L'Etang* » (2°).

1°) La juridiction judiciaire, juge subsidiaire de l'excès de pouvoir

251. En dépit du droit positif, l'idée de voir compléter la compétence du Conseil d'Etat, par une intervention marginale des juridictions judiciaires, ne relève pas nécessairement de l'hypothèse d'école. L'exercice d'un contrôle périphérique sur les mesures d'éviction ou de déplacement d'office des magistrats du siège, a déjà été envisagé par le passé. Au-delà, le but imparti à l'inamovibilité peut conduire à se demander si une atteinte portée à celle-ci, ne serait pas constitutive d'une voie de fait.

252. Dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*⁷¹⁰ de 1896, le Vice-président Laferrière s'était interrogé sur la compétence de l'Autorité judiciaire, pour connaître d'un recours dirigé contre un jugement, « *attaqué comme ayant été rendu* » par un magistrat qui n'était plus en fonctions à la date de ce dernier. Selon lui, ce pouvoir ne faisait aucun doute, dans la mesure où son exercice n'avait pas pour objet d'« *infirmer un acte administratif, mais seulement (de) l'appliquer selon sa forme et sa teneur* ». Afin de statuer sur le recours, l'Autorité judiciaire était nécessairement amenée à regarder si un acte administratif, avait effectivement mis fin aux fonctions du juge concerné. Aussi, en vérifiant que les fonctions du juge n'avaient pas cessé au jour du jugement, voire si celui-ci avait pu « *continuer provisoirement l'exercice de sa fonction jusqu'à l'installation de son successeur* », l'autorité judiciaire se limitait à tirer les conséquences de l'acte administratif relatif à la cessation des fonctions. D'ailleurs, le même auteur relevait des illustrations jurisprudentielles allant dans le sens de cette interprétation⁷¹¹.

Cependant, il est possible de se demander en sens inverse, si l'Autorité judiciaire pourrait admettre la validité d'un jugement ou d'un arrêt qui aurait été rendu par un magistrat, après que celui-ci ait été irrégulièrement évincé. Il semble que deux réponses puissent être apportées à cette question. La première consiste à

⁷¹⁰ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Berger-Levrault et Cie, Paris, 2^e éd., 1896, pp. 489-490.

⁷¹¹ C.Cass. Crim., arrêts des 2 mai 1861, « *Monty de Cornulier* », et 9 mars 1871, « *Fabre* ».

opérer une distinction selon que le caractère irrégulier de l'éviction, a été ou non constaté par le juge administratif dans le cadre de sa compétence. En cas de constatation, la solution adoptée par l'Autorité judiciaire devrait pouvoir échapper à la critique, dans la mesure où elle consisterait simplement à tirer les conséquences de la décision rendue par la juridiction administrative. Cette hypothèse rejoint le raisonnement adopté par le Vice-président Laferrière. Dans le cas contraire, l'Autorité judiciaire serait suspectée de se substituer au juge administratif, dans l'exercice du contrôle de légalité des actes administratifs. Il appartient alors de l'écarter.

La seconde réponse consiste à prendre en compte la distinction existant entre l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice. L'autorité judiciaire pourrait valider un jugement rendu par un magistrat irrégulièrement évincé, sachant que cette distinction interdit aux Pouvoirs et autorités extérieures, de s'immiscer dans l'exercice des fonctions juridictionnelles. Les jugements rendus en premier ressort, sont uniquement susceptibles d'appel devant les juridictions du deuxième degré, et les arrêts rendus par ces dernières peuvent seulement faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Le contrôle de la validité des décisions de justice rendues par les juridictions inférieures, relève donc en dernier lieu de la Cour de cassation. Reste à déterminer si les arrêts qu'elle rend sont susceptibles d'être contestés en raison de la composition de sa propre formation de jugement. A titre de comparaison, l'ordre administratif offre un exemple intéressant. En effet, l'article R. 834-1 du code de justice administrative prévoit un recours en révision contre une décision contradictoire du Conseil d'Etat, dès lors que cette : « *décision est intervenue sans qu'aient été observées les dispositions du présent code relatives à la composition de la formation de jugement* ». Toutefois, une telle disposition ne connaît pas d'équivalent dans l'ordre judiciaire, de sorte qu'un jugement ou un arrêt auquel aurait participé ou dont aurait été exclu un magistrat irrégulièrement évincé, ne pourrait pas *a priori* être contesté. Cette première forme de garantie de l'inamovibilité, revêt néanmoins un intérêt limité, dans la mesure où elle préserve seulement l'exercice des fonctions juridictionnelles.

253. Dans le même *Traité*, le Vice-président Laferrière s'était interrogé sur la possibilité pour les juridictions judiciaires de contrôler la nomination de leurs membres, à l'occasion de leur installation. La réponse à cette question est susceptible de revêtir un intérêt au regard de l'inamovibilité, dès lors que la nomination fait suite à l'éviction irrégulière d'un autre magistrat. Or, ainsi que le soulignait Achille Morin, une telle compétence était admise sous l'Ancien Régime, dans la mesure où : « *l'investiture royale n'était...qu'une provision éventuelle...conditionnelle, en ce sens que le tribunal dont allait dépendre celui-ci avait le droit de l'examiner et*

pouvait refuser de l'admettre au serment »⁷¹². Les juridictions exerçaient leur contrôle sur la régularité des lettres patentes de nomination, et sur le respect des conditions d'idonéité requises par les ordonnances. Mieux encore, il semblerait que le Tribunal de cassation se soit reconnu un pouvoir comparable sous la Révolution, en refusant d'installer un commissaire du gouvernement nommé en violation de la loi du 11 septembre 1790⁷¹³. Mais, cette compétence a été remise en cause avec l'intervention de la circulaire du ministre de la justice du 4 fructidor an XII. Au terme de celle-ci, il était demandé aux juridictions ayant un doute sur la légalité d'une nomination, d'en référer au Gouvernement et de surseoir à l'installation jusqu'à ce que le ministre ait pu l'examiner⁷¹⁴. Beaucoup plus récemment, la Cour de cassation a elle-même limité sa compétence en la matière, par un arrêt du 2 mars 1889. A cette occasion, la chambre criminelle a effectivement souligné : « ...qu'il n'appartient point à la cour de contrôler la nomination d'un magistrat dans le corps où il a été reçu »⁷¹⁵. En l'état du droit positif, il revient désormais au Conseil d'Etat de connaître de la légalité d'un tel acte, en matière contentieuse, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Cette seconde hypothèse suppose donc d'être aujourd'hui écartée, comme moyen de protéger l'inamovibilité.

254. Si la compétence des juridictions administratives apparaît dans ces deux premiers cas, limitée et aléatoire, il pourrait en revanche en aller autrement, dans l'hypothèse où les atteintes à l'inamovibilité constitueraient une voie de fait. En effet, la réserve de compétence consacrée dans l'arrêt « *Conseil de la concurrence* », en faveur du juge administratif, n'est pas sans limite. Elle connaît une exception avec les « *matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* ». Si le Conseil n'a pas fixé avec précision la teneur de cette notion, son noyau dur se trouve néanmoins cristallisé autour de l'article 66 de la Constitution, complété par le principe fondamental reconnu par les lois de la République, suivant lequel l'indemnisation des dépossessions de la propriété immobilière relève du juge judiciaire. Le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat traduisent cette double garantie des personnes et des biens, à travers la jurisprudence de la voie de fait, dont la mise en œuvre fait perdre à

⁷¹² A. Morin, *De la discipline des cours et tribunaux, du barreau et des corporations d'officiers publics*, t. 2, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence De Cosse et N. Delamotte, Paris, 1846, p. 37.

⁷¹³ Décision du 29 décembre 1795, citée par E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.*, p. 490.

⁷¹⁴ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.*, pp. 490.

⁷¹⁵ C.Cass, arrêt du 2 mars 1889, Dalloz, 1889, p. 390.

un acte de l'administration, sa qualité d'acte administratif « *bénéficiant d'un privilège de juridiction* »⁷¹⁶.

La voie de fait est définie par la jurisprudence, comme la situation dans laquelle : « *l'Administration, soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à la condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative* ». Une mesure d'éviction ou une mesure de déplacement non consentie, semble pouvoir être examinée à l'aune des critères de définition de la voie de fait juridique. La première condition consiste en l'existence d'une décision. Celle-ci est remplie quelle que soit la mesure prise, parmi les deux envisagées. Le second critère implique que cette décision émane de l'administration. Les atteintes portées à l'inamovibilité étant classiquement assimilées à des actes du Pouvoir exécutif, la solution semble s'imposer ici encore. Le Premier ministre et le Président de la République sont, en vertu de la Constitution, à la fois des autorités politiques et administratives. La troisième exigence suppose que la décision en cause, « *soit manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant* » à l'administration. Or, l'inamovibilité se traduit par le retrait de la compétence disciplinaire de l'administration, et par l'interdiction de déplacer un magistrat qui n'y aurait pas préalablement consenti. Aussi, une atteinte à l'inamovibilité réalise automatiquement cette condition. Enfin, le dernier critère réside dans une « *atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale* ». L'inamovibilité ne constitue sans doute pas en elle-même, une « *propriété* » ou une « *liberté fondamentale* ». Cependant, elle constitue en vertu de la Constitution, une condition de l'indépendance des magistrats, et elle apparaît en conséquence, comme une garantie essentielle de la sûreté, du droit de propriété et de la liberté individuelle.

Ainsi, dans l'hypothèse où le juge administratif refuserait d'ouvrir le référé liberté, aux atteintes portées à l'inamovibilité, la compétence du juge judiciaire pourrait être envisagée sur le fondement de la voie de fait. Une telle évolution ne manquerait pas de faire ressurgir le débat qui s'était engagé en 1969, suite l'intervention de l'arrêt « *l'Etang* ».

⁷¹⁶ P.-L. Frier, J. Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat Droit public, Paris, 4^e éd., 2006, p. 396.

2°) La Cour de cassation, juge de cassation alternatif

255. La compétence du Conseil d'Etat pour connaître en cassation, des sanctions disciplinaires prononcées par le Conseil supérieur de la magistrature, semble aujourd'hui intégrée au paysage juridique. Ainsi, alors que le Conseil supérieur de la magistrature a fait l'objet de deux révisions constitutionnelles depuis le début des années 1990, la question de la compétence du Conseil d'Etat n'a jamais été abordée par le Pouvoir constituant, à ces occasions. Pourtant, la jurisprudence « *L'Etang* » fut initialement dénoncée, dans la mesure où plusieurs arguments allaient dans le sens d'une compétence de la Cour de cassation.

256. Dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 avril 1953, « *Falco et Vidaillac* », le Commissaire du gouvernement Donnedieu de Vabres soulignait déjà l'incertitude qui pesait sur la nature du Conseil supérieur de la magistrature statuant en matière disciplinaire, en raison de son caractère polymorphe. Il écrivait alors que : « *Ce conseil est sans doute un organisme administratif lorsqu'il administre les tribunaux judiciaires et propose au Président de la République les diverses mesures intéressant la carrière de magistrat. Il participe au contraire à la fonction judiciaire lorsqu'il se prononce sur les mesures de grâce. Il est enfin, à notre avis, une juridiction dont la nature resterait à déterminer lorsque, héritier de la Cour de cassation, il se prononce sur les sanctions intéressant les magistrats du siège* »⁷¹⁷.

Néanmoins, en couronnant le Conseil supérieur du titre d' « *héritier de la Cour de cassation* », le Commissaire lui donnait implicitement une coloration judiciaire. Jusqu'à la IV^{ème} République, et sous réserve de courtes parenthèses historiques, les magistrats du siège avaient toujours été jugés par leurs pairs, au sein de juridictions judiciaires. La compétence du Conseil d'Etat était d'ailleurs en partie exclue, dans la mesure où les sanctions prononcées se rattachaient à la « *discipline judiciaire interne* »⁷¹⁸. Dans ces conditions, la mise en place d'un organe *sui generis* à partir de 1946, chargé d'exercer les fonctions de Conseil supérieur de la magistrature, constituait une véritable révolution. En ce sens, le Professeur Mathiot se voulait lucide. A l'occasion d'une note sous l'arrêt « *Falco et Vidaillac* », il formulait un vœu teinté d'ironie : « *Souhaitons que, le jour où la nature du Conseil supérieur...devra être déterminée, on ne forge pas une belle argumentation pour démontrer qu'il est une juridiction administrative...parce que les représentants des magistrats n'y sont que quatre sur quatorze, parce qu'il ne siège pas à la Cour de*

⁷¹⁷ Concl. Donnedieu de Vabres, RDP, 1953, p. 464.

⁷¹⁸ R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Bibliothèque technique, Paris, 1926, p. 69.

cassation, parce que les magistrats ne sont que des fonctionnaires d'une espèce particulière et que le pouvoir disciplinaire est un élément essentiel de l'organisation des services publics »⁷¹⁹.

257. Au-delà, les opposants à la reconnaissance de la compétence du Conseil d'Etat, craignaient que celle-ci ne porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. Ainsi, le Professeur Mathiot écrivait en 1954, ne pas très bien voir : « *à quoi servirait encore de saluer parfois la règle de la séparation des autorités comme la sauvegarde de l'indépendance du pouvoir judiciaire* ». De la même façon, à la l'énoncé de la jurisprudence administrative, le magistrat Thierry Ricard invitait à se demander : « *...si l'impérialisme du Conseil d'Etat à l'endroit de la fonction disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature ne participe pas d'une certaine confusion des pouvoirs* »⁷²⁰. Une partie de la doctrine y voyait également la volonté d'abaisser le Conseil supérieur de la magistrature, et de faire en sorte qu'il ne puisse pas apparaître comme une preuve de l'existence d'un « pouvoir judiciaire ». Certains des propos formulés par le Commissaire Donnedieu de Vabres, dans ses conclusions sur l'arrêt « *Falco et Vidailiac* », pouvaient nourrir la suspicion. Il affirmait en ce sens : « *Si grand qu'ait été dans notre droit le souci d'affirmer la pleine indépendance du pouvoir judiciaire, il a toujours été admis que ce pouvoir constituait un service public...assujetti à ce titre au contrôle de la juridiction administrative* ».

Dans ce contexte, certains auteurs envisagèrent clairement l'idée d'une compétence de la Cour de cassation pour connaître, en cassation, des sanctions disciplinaires prononcées par le Conseil supérieur de la magistrature. Toutefois, une incertitude demeurait concernant la formation appelée à statuer. Dans un article publié en 1960⁷²¹, le Procureur général Besson écartait le système mis en place par la loi du 30 août 1883, en jugeant « *le maniement* » des chambres réunies, « *trop lourd pour être efficace* ». En revanche, il estimait qu' : « *on aurait pu clore la controverse d'une manière décisive si l'on avait attribué la connaissance des affaires disciplinaires à une assemblée comme celle du type de l'assemblée plénière* » créée par la loi du 23 juillet 1947. Une autre difficulté s'élevait néanmoins, dans la mesure où la compétence d'une telle formation, supposait une modification de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958. L'intervention du Parlement était en conséquence requise. C'est d'ailleurs l'argument que devait mettre en exergue le Commissaire du

⁷¹⁹ A. Mathiot, note sous l'arrêt du 14 mai 1953, « *Falco et Vidailiac* », S. 1954.3.34.

⁷²⁰ T. Ricard, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, PUF, Que sais-je ?, 1990, p. 151.

⁷²¹ Procureur général Besson, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, Dalloz, 1960, p. 1 ; voir également : J.-L. Bonnefoy, *Le juge administratif, juge de la situation du magistrat judiciaire*, JCP, 1978, n° 2898.

gouvernement Dondoux, dans ses conclusions sur l'arrêt « *Rousseau* » précité, afin de convaincre le Conseil d'Etat d'étendre sa compétence en cassation : « *Si vous vous déclarez partiellement incompétent, aucune autre juridiction, en l'absence de texte le prévoyant expressément, ne pourra être saisi. Il y aura donc, sinon déni de justice, du moins vide juridique* »⁷²².

§ 2 . La protection de l'inamovibilité par les juridictions supérieures

258. Afin d'emporter la conviction du Sénat, en faveur du projet qui allait devenir la loi du 30 août 1883 sur l'organisation judiciaire, le Garde des Sceaux Martin-Feuillée avait soin de souligner en séance, que : « *L'inamovibilité, c'est une garantie contre le pouvoir exécutif, mais ce n'a jamais été, apparemment, une garantie contre le pouvoir législatif, elle ne peut être une garantie contre le souverain lui-même, c'est à dire contre la nation* »⁷²³. L'argument apparaissait irréfutable, quatre ans après l'avènement de la « *Constitution Grévy* » venue consacrer les souverainetés législative et parlementaire. D'un point de vue théorique, la loi votée par le Parlement ne pouvait porter atteinte à l'inamovibilité, dans la mesure où elle était l'expression de la souveraineté nationale. Cette garantie lui était en conséquence inopposable. Mais cet état du droit a cependant été remis en cause avec l'avènement de la V^{ème} République. L'institution d'un Conseil constitutionnel s'est en effet traduite par la soumission de la loi au respect de l'inamovibilité, consacrée par la Constitution du 4 octobre 1958 **(A)**. Mieux encore, la France ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'homme le 3 mai 1974, son ordre juridique tout entier se trouve soumis au respect de l'inamovibilité découlant de ce texte **(B)**.

A . Le Conseil constitutionnel, juge des atteintes législatives à l'inamovibilité

259. Sous les deux Empires et la IV^{ème} République, la mise en place d'un organe chargé de contrôler la constitutionnalité des lois, notamment au regard de l'inamovibilité des magistrats du siège, était demeurée bien illusoire. La création d'un Conseil constitutionnel sous la V^{ème} République, constitue à cet égard une

⁷²² CE, arrêt du 14 mars 1975, « *Rousseau* », Rec. p. 194 ; concl. Dondoux, RDP, 1975, p. 823.

⁷²³ JO Débats, Sénat, séance du 20 juillet 1883, p. 953.

rupture majeure. D'une part, son contrôle a été jugé nécessaire dès l'origine (1°). D'autre part, celui-ci apparaît aujourd'hui essentiel (2°).

1°) Un contrôle de la loi jugé nécessaire

260. Jusqu'en 1958, la reconnaissance de l'inamovibilité au niveau constitutionnel ne constituait pas nécessairement un avantage pour cette garantie. Bien au contraire, à défaut de bénéficier également d'une assise législative, l'inamovibilité se trouvait alors juridiquement handicapée. Elle figurait dans un texte ayant une portée politique fondamentale, mais elle était réputée dépourvue de toute valeur juridique. Dans son rapport sur le projet de loi relatif à l'organisation judiciaire, présenté le 6 mai 1882, le Député Pierre Legrand raisonnait en ce sens. Selon lui : *« Jamais, en France, cet état d'inamovibilité n'a existé légalement au profit des magistrats ; son principe ne se trouve inscrit dans aucune de nos lois. Il n'a été proclamé que dans des documents essentiellement politiques, dans des Constitutions dont le sort est de disparaître avec le gouvernement qui les a faits »*⁷²⁴. Il en déduisait alors logiquement, la possibilité pour le législateur, de suspendre, voire de supprimer complètement cette garantie. De manière plus large, la doctrine soulignait en 1954, que : *« assurer l'indépendance est une position de principe dépourvue d'effets juridiques. En présence d'une violation, le Conseil (supérieur de la magistrature) ne peut que protester et, au besoin, en appeler à la conscience publique »*⁷²⁵.

Pourtant, sous couvert de la souveraineté parlementaire ou de celle de la loi, et en raison de la confusion entre ces deux notions, le titulaire du Pouvoir législatif a été amené à violer l'inamovibilité des magistrats du siège à plusieurs reprises. Bien entendu, les principales atteintes ont été portées à des époques où cette garantie avait cessé de bénéficier d'un fondement constitutionnel. Ainsi, avec l'adoption de la loi du 30 août 1883, le Parlement a lui-même prévu une parenthèse de trois mois, afin de procéder à des *« éliminations »* au sein du personnel judiciaire. De la même façon, sous le Régime de Vichy, le Maréchal Pétain a eu recours par deux fois à l'instrument législatif pour épurer la magistrature. La loi du 2 juin 1941 interdisait les fonctions de magistrat aux *« juifs »*, et celle du 11 août 1941 déclarait démissionnaire d'office, tous les anciens dignitaires des sociétés secrètes.

261. Cependant, des atteintes ont également pu être portées, alors que l'inamovibilité se trouvait formellement consacrée au niveau constitutionnel. La loi du 16 mars 1956, adoptée sous la IV^{ème} République, constitue à cet égard une

⁷²⁴ P. Legrand, JO, Chambre des députés, annexes, 1882, p. 1285.

⁷²⁵ Revue administrative, 1954, pp. 542-543.

illustration intéressante. Son article 5, habilitait effectivement le gouvernement à : « *prendre toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire* ». En application de ce texte, le décret du 21 décembre 1960 autorisa les délégations d'office de magistrats dans les juridictions d'Algérie. Jugeant ce décret contraire à la Constitution du 4 octobre 1958, l'Union fédérale des magistrats exerça un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Sur ce point, il semble que sa position ait été soutenue par le Commissaire du gouvernement, Jean Kahn. Suivant les conclusions de ce dernier, le Conseil d'Etat a toutefois rendu un arrêt de rejet⁷²⁶, après avoir relevé que ce décret était conforme à la loi du 16 mars 1956. Ce faisant, le Conseil d'Etat a eu recours à sa jurisprudence « *Arrighi* », du 6 novembre 1936, selon laquelle : « *en l'état du droit public français, le moyen (tiré de l'inconstitutionnalité de la loi), n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux* »⁷²⁷.

Dans ces conditions, aucun recours n'était envisageable, avant 1958, contre les violations de l'inamovibilité liées à l'intervention du législateur. En amont, l'absence de contrôle de constitutionnalité effectif, et en aval, la théorie de l'écran-législatif, y faisaient obstacle. Or, le maintien d'une telle situation au regard de l'inamovibilité, serait devenue proprement insoutenable après 1962. En effet, cette date marque la transition entre une lecture parlementaire et une interprétation présidentialiste de la Constitution du 4 octobre 1958. L'Exécutif a pris l'ascendant sur le Parlement, en raison de la coïncidence des majorités présidentielle et parlementaire, et la stabilité du Gouvernement s'est trouvée renforcée, par la conjugaison du parlementarisme rationalisé et de la bipolarisation politique. Avec cette évolution, la distinction faite par le garde des Sceaux en 1883, cessait d'être opérante. Au contraire, il devenait nécessaire de voir dans l'inamovibilité une « *garantie contre le pouvoir législatif* », dans la mesure où le « *pouvoir exécutif* », avait désormais la maîtrise de l'appareil législatif.

262. Avec l'institution du Conseil constitutionnel, la Constitution du 4 octobre 1958 a apporté une réponse appropriée à cet état du droit, permettant de prévenir y compris le tournant présidentialiste de 1962. En effet, son article 61 alinéa 1^{er} prévoit l'obligation pour le Premier ministre, de transmettre les lois organiques avant leur promulgation au Conseil constitutionnel, afin que celui-ci se prononce sur leur conformité à la Constitution. Dans le même temps, son article 64 alinéa 3 prévoit que le statut des magistrats est fixé par une loi organique. En conséquence, le

⁷²⁶ CE Sect., arrêt du 15 octobre 1965, « *Union fédérale des magistrats et Sieur Reliquet* », chronique M.M. Puissochet et Lecat, AJDA, novembre 1965, pp. 590-591.

⁷²⁷ CE, arrêt du 6 novembre 1936, « *Arrighi* », Rec. p. 966.

Conseil est en principe compétent, pour contrôler les règles statutaires relatives aux magistrats du siège, au regard de l'article 64 alinéa 4 de la Constitution, suivant lequel : « *Les magistrats du siège sont inamovibles* ». Dans ses décisions, le Conseil a été amené à conforter cette lecture de la Constitution, à travers deux considérants, qu'il utilise de manière autonome ou complémentaire. Selon une jurisprudence constante, il estime tout d'abord : « *qu'en spécifiant que ressortit au domaine d'intervention d'une loi ayant le caractère de loi organique, une matière que l'article 34 range par ailleurs au nombre de celles relevant de la compétence du législateur, le constituant a entendu par ce moyen accroître les garanties d'ordre statutaire accordées aux magistrats de l'ordre judiciaire* ». Il déduit ensuite logiquement, que : « *la loi organique portant statut des magistrats doit par suite déterminer elle-même les règles statutaires applicables aux magistrats* »⁷²⁸.

En statuant ainsi, le Conseil constitutionnel s'oppose normalement à ce que le législateur ordinaire puisse se substituer au législateur organique, pour adopter des règles touchant à l'inamovibilité prévue par la Constitution. Cette garantie se trouve alors d'autant mieux protégée, que les lois ordinaires sont transmises à celui-ci, au terme d'une saisine facultative. Le second considérant dégagé par le Conseil constitutionnel, semble confirmer cette interprétation, notamment lorsqu'il est énoncé à la suite du premier. Selon celui-ci : « *...il incombe au législateur organique, dans l'exercice de sa compétence relative au statut des magistrats, de se conformer aux règles et principes de valeur constitutionnelle ; qu'en particulier, doivent être respectés...le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire et la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège comme l'exige l'article 64 de la Constitution* »⁷²⁹.

2°) Un contrôle de la loi jugé essentiel

263. Au-delà de sa nécessité initiale, l'intervention du Conseil constitutionnel apparaît désormais essentielle pour assurer le respect de l'inamovibilité. En effet, le contrôle exercé par celui-ci au regard de cette garantie, s'est distingué par son intensité. Son étendue devrait par ailleurs être renforcée avec la pleine mais encore récente entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, relative à la modernisation des institutions de la V^{ème} République.

⁷²⁸ CC, décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, cons. 6 ; décision n° 93-336 DC du 27 janvier 1994, cons. 3 ; décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, cons. 3.

⁷²⁹ Mêmes décisions, considérants suivants ; CC, décision n° 98-396 DC du 19 février 1998, cons. 3.

264. La décision du 16 juillet 1971, dite « *Liberté d'association* », est classiquement citée comme la jurisprudence de référence, pour l'exercice du plein contrôle de constitutionnalité. Jusqu'à cette date, le Conseil constitutionnel était réputé veiller au respect des seules règles de forme et de procédure prévues par la Constitution, au détriment des règles de fond. Entrant dans cette dernière catégorie, l'inamovibilité ne semblait pas échapper à cet état du droit. Le Professeur Drago opinait d'ailleurs en ce sens, dans un article de 1960. Pour lui : « *le seul problème qui se pose vraiment (au regard de l'inamovibilité) concerne la situation des magistrats appartenant à une juridiction supprimée ou occupant des postes supprimés. Dans ce cas la loi elle-même peut prévoir les conditions d'affectation de ces magistrats. Ainsi la loi du 16 juillet 1930 avait décidé que les juges, dont les postes avaient été supprimés, avaient droit d'être nommés dans le ressort de l'une des cinq cours d'appel les plus voisines. Le droit des titulaires se trouvait donc cependant restreint...La Constitution actuelle permettrait une semblable réglementation par voie législative car si l'inamovibilité a une base constitutionnelle, le législateur peut l'aménager d'autant mieux que, malgré certaines apparences, la Constitution de 1958 n'a pas institué un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois* »⁷³⁰.

Pourtant, le Conseil constitutionnel s'est reconnu compétent dès 1967, pour contrôler la conformité d'une loi organique relative au statut de la magistrature, au regard de l'article 64 *in fine* de la Constitution. La situation était assez similaire à celle évoquée par le Professeur Drago. L'une des dispositions examinées, organisait les modalités d'affectation de magistrats du siège dont les fonctions temporaires arrivaient à leur terme. A cette fin, elle autorisait le Gouvernement à pourvoir d'office à leur affectation. Dans sa décision du 26 janvier 1967⁷³¹, le Conseil devait juger celle-ci contraire au « *principe* » de l'inamovibilité des magistrats du siège, et à son « *application nécessaire* » prévue par l'article 4 alinéa 2 du Statut organique. La disposition fut en conséquence censurée. Six mois plus tard, une nouvelle loi organique, destinée à palier aux défauts de la précédente, fut à son tour transmise au Conseil constitutionnel. Ce dernier rendit une décision de conformité, le 12 juillet 1967, après avoir souligné que le législateur avait instauré : « *un ensemble de garanties de nature à concilier les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions de conseiller référendaire à la Cour de cassation avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège* »⁷³².

⁷³⁰ R. Drago, *Le statut des magistrats et le juge administratif*, Le Pouvoir judiciaire, n° 148, février 1960, p. 3.

⁷³¹ CC, décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967.

⁷³² CC, décision n° 67-33 DC du 12 juillet 1967.

265. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, afin d'assurer le respect de cette garantie, apparaît particulièrement poussé. En ce sens l'inamovibilité semble être le premier principe constitutionnel à avoir bénéficié de l'application de la technique du « *contrôle des incompétences négatives* ». En effet, dans la première des deux lois transmises au Conseil en 1967, la disposition censurée prévoyait que les conseillers référendaires seraient : « *affectés d'office à un emploi de magistrat du siège dans les conditions qui seront fixées par (un) règlement d'administration publique...* ». Après avoir relevé la contrariété de cette disposition au regard de l'inamovibilité des magistrats du siège, le Conseil devait alors considérer : « *qu'un règlement d'administration publique ne peut fixer les conditions d'affectation desdits magistrats sans que la loi organique ait déterminé les garanties de nature à concilier...avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège* ». Depuis cette décision, le Conseil constitutionnel vérifie systématiquement que le législateur organique a épuisé sa compétence, et a suffisamment encadré l'intervention du pouvoir réglementaire. Selon une jurisprudence constante, il rappelle : « *que la loi organique...doit...déterminer elle-même les règles statutaires applicables aux magistrats, sous la seule réserve de la faculté de renvoyer au pouvoir réglementaire la fixation de certaines mesures d'application des règles qu'elle a posées* »⁷³³.

De la même façon, les décisions des 26 janvier et 12 juillet 1967 ont été l'occasion d'une première application du « *contrôle à double détente* »⁷³⁴, en matière de contrôle de constitutionnalité des lois. La censure d'une disposition organique, jugée contraire à l'inamovibilité, place le Gouvernement devant une alternative. Il peut décider d'abandonner simplement, la mesure initialement envisagée. Mais il peut également vouloir la reprendre, après l'avoir modifiée, dans un nouveau projet de loi organique. En ce cas, celle-ci fait l'objet d'un « *contrôle à double détente* », en ce sens que le Conseil va vérifier à l'occasion de sa seconde décision, le respect des règles rappelées dans la première. Ainsi, dans sa décision du 12 juillet 1967, le Conseil a validé la loi organique qui lui avait été soumise, après avoir constaté que l'affectation des conseillers référendaires avait été organisée : « *conformément aux règles rappelées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 janvier 1967* ».

⁷³³ CC, décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, cons. 6 ; décision n° 93-336 DC du 27 janvier 1994, cons. 3 ; décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, cons. 3.

⁷³⁴ L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Grands arrêts, Paris, 13^e éd., 2005, p. 14.

266. L'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008⁷³⁵, de modernisation des institutions de la V^{ème} République, pourrait enfin conduire à un renforcement du rôle du Conseil constitutionnel, pour préserver l'inamovibilité. Ses articles 29 et 30 ont effectivement prévu l'institution d'un mécanisme de « *question prioritaire de constitutionnalité* », en matière de droits et libertés. Selon le nouvel article 61-1 de la Constitution: « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». La sanction du bien fondé d'un tel recours est, en vertu de l'article suivant, l'abrogation de la disposition concernée. Or, l'inamovibilité constitue une garantie d'indépendance pour le magistrat, et en conséquence, une garantie pour les droits et libertés des justiciables. Dans l'hypothèse où elle serait admise dans la catégorie des « *droits et libertés* » visés par cet article, l'inamovibilité devrait ainsi pouvoir être invoquée par un magistrat irrégulièrement évincé ou déplacé, en application d'une loi en vigueur.

En dehors des lois soumises au Conseil constitutionnel, en application de l'article 61 alinéa 1^{er} de la Constitution, d'autres lois touchant à l'inamovibilité, ont en effet échappé à son contrôle. Leur conformité à l'article 64 alinéa 4 de la Constitution, n'est donc pas certaine. Il en va notamment ainsi de certaines lois ordinaires dont le contrôle est facultatif, mais également et surtout de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, entrée en vigueur avant l'entrée en fonctions du Conseil constitutionnel. Le mécanisme de l'article 61-1, permettrait ainsi de pallier aux limites du contrôle *a priori* prévu à l'article 61, et de contourner la théorie de l'écran-législatif. A titre d'illustration, dans l'affaire « *Union fédérale des magistrats et Sieur Reliquet* » précitée, les requérants auraient pu obtenir l'examen par le Conseil constitutionnel, de la constitutionnalité de l'article 5 de la loi du 16 mars 1956.

B . La Cour européenne des droits de l'homme, juge des atteintes nationales à l'inamovibilité

267. La ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par la France, le 3 mai 1974, s'inscrit dans le prolongement des apports de la Constitution du 4 octobre 1958. Désormais, l'ensemble du corpus juridique interne, y compris constitutionnel, se trouve soumis au respect ou à l'influence de la

⁷³⁵ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la V^{ème} République, JO, 24 juillet 2008, texte 2.

Convention, complétée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, celle-ci a reconnu dans l'inamovibilité des juges, une condition de leur indépendance, dans le cadre de la définition d'un « *tribunal indépendant et impartial* » au sens de l'article 6 § 1 (1^o). Mieux encore, elle a ouvert le « *droit à un procès équitable* » au sens cette même disposition, aux magistrats du siège de l'ordre judiciaire, confortant ainsi leur inamovibilité (2^o).

1^o) L'inamovibilité des juges, condition d'un tribunal indépendant et impartial

268. L'inamovibilité des juges n'est pas formellement prévue par la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, son article 6 § 1 se limite à affirmer que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi...* ». Trois raisons sont de nature à justifier ce silence. D'une part, la Convention vise essentiellement à protéger les droits et libertés de l'individu, en tant qu'homme, en faisant abstraction de son statut social ou professionnel. Or, l'inamovibilité s'attache principalement à celui qui a la qualité de juge ou de magistrat. D'autre part, ce texte fixe des objectifs à atteindre par l'Etat partie, en lui laissant une certaine marge d'appréciation concernant les moyens pour y parvenir. Ainsi, alors que l'Etat doit chercher à assurer la réalité du « *droit à...un tribunal indépendant et impartial* », l'octroi de l'inamovibilité aux juges composant ce « *tribunal* », est un moyen d'y arriver.

Enfin, l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est venue apporter une justification supplémentaire, à celles précédemment citées. La notion de « *tribunal* », au sens de l'article 6 § 1, a progressivement fait l'objet d'une approche extensive. A l'occasion d'un arrêt « *X. c/ Royaume-Uni* » du 5 novembre 1981, la Cour a notamment précisé ce qu'un « *tribunal* » n'a pas besoin d'être, en relevant que celui-ci ne : « *(s') entend pas nécessairement (d') une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays* »⁷³⁶. Cette jurisprudence est animée par la volonté d'étendre au maximum le champ d'application de cette disposition, avec pour finalité la défense des droits et libertés de l'individu. Or, l'exigence formelle d'une inamovibilité des membres composant le « *tribunal* », aurait sans doute impliqué une interprétation plus restrictive de cette notion.

269. En dépit du silence des textes, la Cour européenne des droits de l'homme s'est néanmoins attachée à intégrer l'inamovibilité parmi les conditions de

⁷³⁶ CEDH, arrêt du 5 novembre 1981, « *X. c/ Royaume-Uni* », Req. n° 7215/75, § 53.

reconnaissance d'un tribunal « *indépendant et impartial* ». La Cour a fait allusion pour la première fois à cette garantie, dans son arrêt « *Engel* » du 8 juin 1976. En l'espèce, des ressortissants néerlandais effectuant leur service militaire, avaient fait l'objet d'une condamnation disciplinaire par la « *Haute Cour militaire* » des Pays-Bas. Contestant à cette institution, la qualité de « *tribunal* » au sens de la Convention, ils avaient alors exercé un recours devant la Cour européenne. Cependant, celle-ci devait écarter ce grief, après avoir souligné que : « *Sans doute ses quatre membres militaires ne sont-ils pas inamovibles en droit, mais comme les deux membres civils ils jouissent de l'indépendance inhérente à la notion de « tribunal » telle que la conçoit la Convention* »⁷³⁷. Ainsi, l'inamovibilité semblait initialement écartée des conditions requises, pour admettre le respect de l'article 6 § 1.

Pourtant, la Cour européenne a fait évoluer sa jurisprudence relative à l'inamovibilité, dans le sens d'une garantie obligatoire. Elle s'est pour cela fondée sur une distinction entre l'inamovibilité de droit et l'inamovibilité de fait. A l'occasion de son arrêt « *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* » du 28 juin 1984, la Cour a énoncé un considérant de principe suivant lequel : « *D'une manière générale, on doit assurément considérer l'inamovibilité des juges en cours de mandat comme un corollaire de leur indépendance et, partant, comme l'une des exigences de l'article 6 par. 1. Toutefois, l'absence de consécration expresse en droit n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du moment qu'il y a reconnaissance de fait et que les autres conditions nécessaires se trouvent réunies* »⁷³⁸. En conséquence, l'Etat attaqué dispose d'une alternative, afin de démontrer le respect de la Convention. D'une part, il peut attester que les juges du tribunal concerné, bénéficient d'une inamovibilité de droit en vertu de la législation interne. D'autre part, il peut prouver que ces mêmes juges jouissent d'une inamovibilité de fait, et que les autres conditions prétoriques d'indépendance sont remplies. La Cour européenne a fait application de cette jurisprudence à plusieurs reprises depuis 1984⁷³⁹. Il en a notamment été ainsi, dans l'arrêt « *Sacilor Lormines c. France* » du 9 février 2007. En l'espèce, la société Sacilor avait déposé une requête devant la Cour, dans laquelle elle soutenait que le Conseil d'Etat n'était pas un « *tribunal indépendant et*

⁷³⁷ CEDH, arrêt du 8 juin 1976, « *Engel et autres c/ Pays-Bas* », Req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, § 68.

⁷³⁸ CEDH, arrêt du 28 juin 1984, « *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* », Req. n° 7819/77 et 7878/77.

⁷³⁹ CEDH, arrêt du 26 février 2002, « *Morris c/ Royaume-Uni* », Req. n° 38784/97 ; arrêt du 4 octobre 2007, « *Forum maritime SA c/ Roumanie* », Req. n° 63610/00 et 38692/05, § 154. Plus largement, les gouvernements de nombreux Etats attaqués sur ce fondement, prennent soin de préciser que les juges du « *tribunal* » concerné, bénéficient d'une inamovibilité de droit ou de fait.

impartial » au sens de la Convention. A l'appui de son recours, elle dénonçait le mode de nomination et le statut des membres de cette juridiction, ainsi que le cumul par ceux-ci de fonctions consultatives et juridictionnelles. En vue de répondre à ce grief, la Cour a nécessairement été amenée à s'interroger sur « *l'indépendance structurelle* » du Conseil d'Etat, et plus précisément sur les garanties de stabilité accordées aux membres de ce dernier, pendant la durée de leurs fonctions. Après avoir rappelé le considérant de principe de l'arrêt « *Campbell* », et examiné les arguments avancés par le Gouvernement français, la Cour a souligné que les membres du Conseil d'Etat bénéficiaient bien d'une inamovibilité de fait, résultant « *des dispositions du C.J.A (code de justice administrative) et de la pratique* »⁷⁴⁰.

270. Si la Cour européenne laisse une alternative à l'Etat, entre la consécration d'une inamovibilité de droit et la reconnaissance d'une inamovibilité de fait, elle n'en marque pas moins une préférence pour la première garantie. Elle s'est effectivement exprimée en ce sens, à l'occasion d'un arrêt « *Cooper c/ Royaume-Uni* » du 16 décembre 2003. En l'espèce, un ressortissant britannique servant dans l'armée de l'air, avait fait l'objet d'une sanction disciplinaire par une cour martiale. Contestant la composition de cet organe, il exerça un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un considérant, celle-ci devait adopter le raisonnement suivant : « *Il est...vrai que leur (juges de la cour martiale) inamovibilité n'est pas expressément prévue, alors que cela serait préférable puisque l'existence en droit interne d'une clause à cet effet est en général considérée comme le corollaire de l'indépendance des juges. Cependant, cette absence de consécration en droit peut être compensée...* »⁷⁴¹. Ainsi, la Cour recommande implicitement la reconnaissance d'une inamovibilité de droit, en faveur des personnes exerçant des fonctions de juge au sein d'un « *tribunal* ».

2°) L'inamovibilité des magistrats du siège, renforcée par le droit au procès équitable

271. La reconnaissance de l'inamovibilité par la Cour européenne des droits de l'homme, apparaîtrait toutefois insuffisante, si les magistrats ne pouvaient se prévaloir de l'article 6 § 1. L'inamovibilité postule en théorie, l'interdiction d'être évincé de son siège autrement que par un jugement. Plus largement, elle est une garantie contre les évictions arbitraires et les mesures de déplacement d'office. Dans ces conditions, il semble normal qu'un magistrat puisse bénéficier d'un « *droit au*

⁷⁴⁰ CEDH, arrêt du 9 février 2007, « *Sacilor Lormines c/ France* », Req. n° 65411/01.

⁷⁴¹ CEDH, arrêt du 16 décembre 2003, « *Cooper c/ Royaume-Uni* », Req. n° 48843/99.

procès équitable », au sens de cette stipulation. Après une longue attente, la jurisprudence de la Cour européenne a évolué en ce sens.

272. La question de l'application de l'article 6 § 1 aux agents publics, est demeurée sans réponse jusqu'au début des années 1990. La Cour a tranché pour la première fois celle-ci, dans un arrêt « *Giancarlo Lombardo c/ Italie* » du 26 novembre 1992. A cette occasion, elle a clairement souligné que : « *les contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activité des fonctionnaires sortent, en règle générale, du champ d'application de l'article 6 § 1* »⁷⁴². Considérés comme des « *fonctionnaires* », les magistrats n'échappaient pas à cette solution. Dans un arrêt ultérieur du 17 mars 1997, « *Neigel c/ France* », la Cour a néanmoins admis l'existence d'une exception. A défaut d'ouvrir droit aux réclamations ayant trait au recrutement, à la carrière ou à la cessation d'activité, elle acceptait de connaître des revendications : « *d'un droit purement patrimonial légalement né* » de ceux-ci⁷⁴³. Bien que plus favorable aux agents publics, cette jurisprudence continuait à exclure du bénéfice de l'article 6 § 1, les magistrats irrégulièrement évincés ou déplacés.

Néanmoins, les juridictions françaises compétentes à l'égard des magistrats, ont atténué les effets négatifs des arrêts « *Lombardo* » et « *Neigel* ». Dans un arrêt d'Assemblée du 14 février 1996, « *Maubleu* », le Conseil d'Etat a admis l'application de l'article 6 § 1, aux procédures engagées devant les juridictions disciplinaires. En l'espèce, le recours avait été exercé par un membre du barreau, sanctionné par l'Ordre des avocats. Le litige n'était donc pas relatif à la situation d'un agent public. Cependant, le Conseil supérieur de la magistrature s'est fondé sur cet arrêt, dans une décision du 11 septembre 1996⁷⁴⁴, pour étendre le bénéfice de l'article 6 § 1 aux magistrats.

273. La Cour a franchi une nouvelle étape dans son interprétation de la Convention, à l'occasion d'un arrêt « *Pellegrin c/ France* » du 8 décembre 1999. Au terme de celui-ci, étaient désormais exclus du champ d'application de l'article 6 § 1 : « *les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux*

⁷⁴² CEDH, arrêt du 26 novembre 1992, « *Giancarlo Lombardo c/ Italie* », Req. n° 12490/86, § 16.

⁷⁴³ CEDH, arrêt du 17 mars 1997, « *Neigel c/ France* », Req. n° 18725/91, § 43.

⁷⁴⁴ CSM, Rapport annuel d'activité 1996, Les éditions des Journaux officiels, Paris, 1997, p. 39.

de l'Etat ou des autres collectivités publiques »⁷⁴⁵. Cette solution aboutissait à substituer au critère matériel, adopté dans l'affaire « *Neigel* », un critère fonctionnel. La magistrature, dont les magistrats du siège de l'ordre judiciaire, se trouvait pleinement concernée par cette jurisprudence. La Cour européenne s'est d'ailleurs exprimée en ce sens, dans ses arrêts « *Kajanan et Tuomaala c/ Finlande* », du 10 octobre 2000, et « *Pitkevitch* », du 8 février 2001⁷⁴⁶.

Le Conseil d'Etat français s'est inscrit dans le sillon de la position européenne, en adoptant des décisions similaires dans le domaine disciplinaire. Après avoir refusé le bénéfice de l'article 6 § 1 aux magistrats du parquet, dans un arrêt « *M. Terrail* » du 18 octobre 2000⁷⁴⁷, il a étendu cette solution aux magistrats du siège, dans un arrêt « *M. W.* » du 6 novembre 2002⁷⁴⁸. Dans cette seconde décision, la Haute juridiction administrative a effectivement jugé que : « *...les stipulations de l'article 6 paragraphe 1...relatives aux contestations sur les droits et obligations de caractère civil et aux accusations en matière pénale, ne concernent pas le régime disciplinaire applicable à des personnes qui, comme c'est le cas pour les magistrats de l'ordre judiciaire, participent, de par leurs fonctions, à l'exercice de la puissance publique et à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat* ».

274. La Cour européenne des droits de l'homme a finalement opéré un revirement de jurisprudence, à l'occasion d'un arrêt « *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande* » du 19 avril 2007⁷⁴⁹. Alors que dans l'arrêt « *Pellegrin* », l'article 6 § 1 était présumé ne pas s'appliquer aux agents publics, l'état du droit se trouve désormais renversé. Pour qu'un litige soit exclu de cet article, deux conditions cumulatives doivent être remplies. D'une part, « *le droit interne de l'Etat concerné (doit avoir) expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question* ». D'autre part, « *cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat* ». Concrètement, cette seconde condition est satisfaite dès lors que « *l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique* », ou si celui-ci remet en cause le « *lien spécial de confiance devant exister entre une collectivité publique et un agent exerçant des prérogatives de puissance publique* ». Le Conseil d'Etat français a tiré les conséquences de cette évolution jurisprudentielle, à l'égard des magistrats. En effet, dans un arrêt « *M. S.* » du 12

⁷⁴⁵ CEDH, arrêt du 8 décembre 1999, « *Pellegrin c/ France* », Req. n° 8541/95, § 66.

⁷⁴⁶ CEDH, arrêt du 10 octobre 2000, « *Kajanan et Tuomaala c/ Finlande* », Req. n° 36401/97 ; arrêt du 8 février 2001, « *Pitkevitch* », Req. n° 47936/99.

⁷⁴⁷ CE, arrêt du 18 octobre 2000, « *M. Terrail* », AJDA, 20 mars 2001, pp. 288-291.

⁷⁴⁸ CE Sect., arrêt du 6 novembre 2002, « *M. W.* », AJDA, 16 décembre 2002, pp. 1443-1446.

⁷⁴⁹ CEDH, arrêt du 19 avril 2007, « *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande* », Req. n° 6323500.

décembre 2007, il a admis l'application de l'article 6 § 1 à un magistrat du siège ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire⁷⁵⁰.

275. Ainsi, deux des trois conditions nécessaires à la reconnaissance d'un « principe fondamental », apparaissent remplies. L'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, constitue bien une garantie supralégislative, juridictionnellement assurée. Il convient alors de s'interroger sur le respect de la troisième exigence, à savoir l'existence d'une garantie suffisamment précise. Sous la Seconde République, l'article 87 de la Constitution du 4 novembre 1848, prévoyait que : « *Les juges de première instance et d'appel, les membres de la Cour de cassation...ne peuvent être révoqués ou suspendus que par un jugement, ni mis à la retraite que pour les causes et dans les formes déterminées par les lois* ». Or, force est de souligner que l'inamovibilité n'a plus été définie au niveau constitutionnel, entre 1852 et 1958. L'avènement de la V^{ème} République pouvait néanmoins faire espérer la consécration, sinon d'une véritable définition constitutionnelle de cette garantie, du moins d'une approche suffisamment précise de celle-ci dans le nouveau Statut organique des magistrats.

⁷⁵⁰ CE, arrêt 12 du décembre 2007, « M. S. », AJDA, 5 mai 2008, pp. 932-934.

CHAPITRE 2 . Une garantie statutaire au contenu imprécis

276. Le droit positif n'offre pas de définition formelle et intégrale, de l'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire. Effectivement, l'article 64 *in fine* de la Constitution du 4 octobre 1958, se limite à l'énoncé du principe. L'article 4 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, après avoir repris la formule constitutionnelle, précise dans un second alinéa, que : « *En conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* ». Cependant, la rédaction choisie laisse subsister un flou sur le sens qu'il convient de donner à cette disposition. Elle peut être conçue comme une simple implication de la garantie. Mais elle peut également être interprétée comme la seule définition possible de l'inamovibilité. L'indisponibilité des travaux préparatoires de ce texte constitue, de ce point de vue, un obstacle à la connaissance de l'intention initiale du Gouvernement. La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a malheureusement pas permis, en l'absence d'occasion appropriée, de pallier cette lacune. Amené à connaître à plusieurs reprises de lois touchant à l'article 4 alinéa 2 de l'ordonnance organique, l'Hôte de la rue de Montpensier s'est contenté de souligner que cette disposition constituait « *une application nécessaire* » du « *principe* » d'inamovibilité⁷⁵¹.

Cette définition étriquée de l'inamovibilité, serait révélatrice de ce que le Professeur Renoux a pu désigner sous l'appellation de : « *théorie de la double compétence normative* »⁷⁵². En vertu de cette dernière, le Gouvernement aurait un intérêt à voir la Constitution poser un principe sans en déterminer le contenu, et le législateur organique en tirer les conséquences. Cette construction juridique lui permettrait de soutenir que l'énoncé constitutionnel et l'énoncé organique « *n'ont pas nécessairement la même portée, et que l'on peut déroger à (celui-ci) sans violer (celui-là)* »⁷⁵³.

⁷⁵¹ Pour la première illustration : CC, décision n° 67-31 du 26 janvier 1967, dite « *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature* ».

⁷⁵² T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire...*, *op. cit.*, p. 129.

⁷⁵³ G. Masson, *op. cit.*, p. 334.

277. Dans ces conditions, pour déterminer si les magistrats du siège sont effectivement inamovibles, il convient de s'intéresser au degré d'adéquation existant entre la réalité concrète que l'inamovibilité des magistrats exprime aujourd'hui, et la réalité idéale à laquelle celle-ci est supposée correspondre. Dans cette perspective, il convient de procéder à l'examen de l'application des règles matérielles que recouvre l'inamovibilité, et qui se rapportent respectivement à la partie fixe (**Section 1**), et à la partie variable de cette garantie (**Section 2**).

SECTION 1 . La partie fixe ou l'inamovibilité des fonctions

278. Au sens strict, l'inamovibilité des fonctions renvoie à l'idée d'une interdiction en vertu de laquelle un magistrat du siège ne saurait être révoqué, suspendu ou déplacé d'office de manière arbitraire, c'est à dire en dehors ou au mépris des garanties légales. Partant de là, il peut apparaître paradoxal de la désigner sous l'appellation de « partie fixe » de l'inamovibilité. Elle ne ressort pas explicitement de la lettre de l'article 64 *in fine* de la Constitution, et moins encore de l'article 4 du Statut organique des magistrats. Néanmoins, le silence des textes est parfois susceptible de révéler une évidence. Ainsi, pour le Professeur Renoux : « *L'inamovibilité des fonctions correspond à l'acception la plus traditionnelle de l'inamovibilité, et pourrait-on dire, au sens premier du terme* »⁷⁵⁴. D'ailleurs, c'est bien celle-ci qui a été consacrée sous l'Ancienne Monarchie. Et c'est encore à celle-ci que les épurations consécutives à chaque changement de régime, ont communément porté atteinte.

Toutefois, les définitions actuelles de l'inamovibilité ont tendance à rester évasives vis-à-vis de l'inamovibilité des fonctions. Dans le cadre des définitions les plus sommaires, elle est jugée désuète au regard des avancées du droit de la fonction publique, et notamment en raison de l'institution du système de la carrière. En effet, une partie de la doctrine n'hésite pas à souligner que la protection légale et statutaire contre une éviction arbitraire, bénéficie aujourd'hui à l'ensemble des agents publics, et non plus seulement aux magistrats inamovibles⁷⁵⁵. La plupart des autres définitions, plus prolixes, demeurent cependant insuffisantes pour répondre aux questions que soulève nécessairement, une étude plus approfondie de cette garantie.

⁷⁵⁴ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire...*, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁵⁵ P. Lavigne, *op. cit.*, p. 163 ; T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire...*, *op. cit.*, p. 119 ; S. Manson, *op. cit.*, p. 377.

Elles ne permettent pas de discerner l'attribut de sa fonction, à l'égard duquel le magistrat est inamovible. Elles ne permettent pas non plus, de connaître les implications de l'irrévocabilité du magistrat par le Pouvoir politique.

Ces définitions sont révélatrices de la difficulté à retrouver les garanties attachées à l'inamovibilité des fonctions, dans la réalité concrète aujourd'hui exprimée par les magistrats du siège. Effectivement, la garantie relative à l'emploi donne le sentiment d'être survolée (§ 1), tandis que la garantie juridictionnelle semble éludée (§ 2).

§ 1 . Une garantie de l'emploi ou l'élément survolé

279. L'imprécision des articles 64 *in fine* de la Constitution et 4 alinéa 1^{er} du Statut organique de la magistrature, contraste avec la rigueur rédactionnelle qui caractérise les dispositions constitutionnelles relatives à la responsabilité et à l'inviolabilité du chef de l'Etat et des membres du Parlement. Savoir que les « *magistrats du siège sont inamovibles* » ne donne effectivement aucune indication sur le ou les attribut(s) de leur magistrature, par rapport auxquels ceux-ci sont inamovibles. Le but de l'inamovibilité, préserver l'indépendance du magistrat dans l'exercice de ses fonctions, laisse seulement présumer que cette garantie porte sur les fonctions du siège. En conséquence, il appartient de chercher à délimiter le champ de l'inamovibilité, dans l'espace (A) puis dans le temps (B).

A . La délimitation de l'inamovibilité dans l'espace

280. Selon une conception partagée par la majorité de la doctrine, l'inamovibilité fait obstacle à ce qu'un magistrat du siège puisse être révoqué, suspendu ou déplacé de manière arbitraire. Ces indications, bien qu'imprécises, sont de nature à permettre de déterminer l'unité matérielle de base, par rapport à laquelle ces magistrats sont inamovibles. Il semblerait que l'inamovibilité constitue avant tout une protection ordinaire (1) et objective de l'emploi (2).

1°) Une protection ordinaire de l'emploi

281. L'introduction d'un système de carrière au sein de la magistrature judiciaire, en raison de sa complexité, a fortement préjudicié à la lisibilité de la fonction impartie à l'inamovibilité. Sans doute faut-il y déceler une trace du « génie » de Napoléon qui, après avoir proclamé l'inamovibilité des magistrats au sein de la Constitution du 22 frimaire an VIII, prit soin d'en neutraliser le bénéfice. Avant l'intervention des lois consulaires et impériales, il était encore possible de

concevoir l'inamovibilité dans « *son sens le plus strict est le plus absolu* », c'est à dire comme une règle suivant laquelle : « *une fois son pouvoir de nomination épuisé, le Gouvernement n'a plus aucune action sur le juge qui ne peut plus être déplacé ou désinvesti que par (un jugement,) la mort ou par renonciation volontaire* »⁷⁵⁶. L'inamovibilité avait alors vocation à protéger le magistrat dans un emploi ou dans un poste déterminé. Sous l'Ancienne Monarchie, cette vision se trouvait confortée par la vénalité et l'hérédité des offices de judicature. Dans la mesure où les magistrats entretenaient un lien patrimonial avec ces derniers, ils obtenaient, comme l'a souligné le Premier président Rousselet : « *en principe dès le début, le siège qu'ils occupaient jusqu'à leur mort* »⁷⁵⁷. De la même manière, sous la Révolution, les juges étaient élus dans le cadre d'une circonscription, afin d'exercer au sein de la juridiction ayant cette dernière pour ressort. Ainsi investis d'un mandat représentatif de courte durée, ils se voyaient également désignés dans un siège déterminé.

282. En l'état actuel du droit, en revanche, la magistrature du siège se caractérise par la complexité de son organisation. Elle constitue elle-même une composante du corps et de la magistrature judiciaires. Dans leur carrière, les magistrats qui en relèvent, sont également situés par rapport à un grade, un emploi et une fonction. En conséquence, l'intensité de la protection dont bénéficie un magistrat inamovible, est fonction du niveau de l'unité matérielle de base, par rapport à laquelle ce magistrat est effectivement inamovible.

283. La garantie de l'inamovibilité s'exerce de prime abord sur la qualité de magistrat du siège. En raison de son appartenance à ce « *cadre d'emploi* », le magistrat ne saurait en principe être affecté, contre son gré, à des fonctions amovibles. Le Conseil constitutionnel a statué implicitement en ce sens, à l'occasion de ses décisions complémentaires des 26 janvier et 12 juillet 1967. A l'occasion de la première, le Conseil a effectivement censuré des dispositions législatives prévoyant que les conseillers référendaires à la Cour de cassation, pouvaient être, à l'expiration de la durée légale de leurs fonctions, « *affectés d'office à un emploi de magistrat du siège* ». Cependant, comme le révèle la seconde décision, le motif de la censure était uniquement lié au caractère temporaire de ces fonctions, et non à la violation de la règle du consentement préalable avant toute affectation. En revanche, il semble que l'obligation faite au Pouvoir exécutif, d'affecter ces conseillers à des fonctions du siège, suffisait à couvrir l'inconstitutionnalité résultant du manquement à cette

⁷⁵⁶ C. Gour, *op. cit.*, p. 335.

⁷⁵⁷ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 125.

règle⁷⁵⁸. Ainsi, un magistrat du siège ne pourrait être affecté contre son gré à des fonctions du parquet⁷⁵⁹ ou du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice⁷⁶⁰. Cette protection découlant de l'inamovibilité, a vu son acuité renforcée avec l'introduction au sein de l'ordonnance organique, de la disposition suivant laquelle : « *Tout magistrat a vocation à être nommé, au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet* »⁷⁶¹.

Le magistrat du siège se trouve également protégé dans son grade. Il ne s'agit néanmoins pas ici, d'un privilège propre aux magistrats inamovibles. Verticalement, le grade est « *la position administrative qui exprime la place de l'intéressé dans la hiérarchie* »⁷⁶². Horizontalement, il est défini par le Statut général de la fonction publique, comme : « *Le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent* »⁷⁶³. Il exprime en ce sens, « *l'élément caractéristique et original* »⁷⁶⁴ du statut juridique du fonctionnaire, à savoir le droit à la carrière. Considéré sous l'angle historique, le grade a fait son apparition avec la loi du 19 mai 1834 sur l'état des officiers. Le rapporteur du texte devant la Chambre des députés, le Maréchal Soult, l'avait alors présenté, par opposition à l'emploi, comme « *l'état* » de l'officier. Cette distinction entre le grade et l'emploi a été étendue au-delà de la sphère militaire, avec son application au reste de la fonction publique par l'ordonnance du 9 octobre 1945. Le grade revêt une dimension patrimoniale pour les agents qui en sont titulaires, en ce sens qu'il est classiquement dit, dans le langage courant, que le grade « *appartient* » à l'agent. Dans ces conditions, un agent amovible se trouve placé, à l'égard de son grade, dans une situation comparable à celle d'un magistrat inamovible. Ni l'un ni l'autre ne peut être privé de celui-ci contre son gré. Il existe cependant une exception en matière disciplinaire. A la différence de l'agent amovible, le magistrat inamovible peut uniquement faire l'objet d'une mesure de rétrogradation, prononcée par une autorité distincte de celle de

⁷⁵⁸ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire...*, op. cit., pp. 119-120 ; S. Doumbé-Billé, *La justice judiciaire dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel depuis 1958*, RDP, n° 2, mars-avril 1986, p. 361.

⁷⁵⁹ CC, décision n° 92-305 DC du 21 février 1992.

⁷⁶⁰ CE, arrêt du 2 octobre 1985, « *Heurté* », Req. n° 38707, Gazette du Palais, 1989, n° 154.

⁷⁶¹ Dernier alinéa de l'article 1^{er}, inséré par la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001, JO du 26 juin 2001.

⁷⁶² R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op. cit., 12^e éd., 2006, p. 302.

⁷⁶³ Article 12 de la loi du 13 juillet 1983.

⁷⁶⁴ O. Dord, op. cit., p. 98.

nomination. Il s'agit en l'occurrence de la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature, compétente à l'égard des magistrats du siège.

En réalité, la protection découlant de l'inamovibilité s'exerce essentiellement sur l'emploi. Ce dernier désigne, de manière générale, « *une fonction administrative permanente, juridiquement distincte des autres* »⁷⁶⁵. Appliquée aux magistrats du siège, la nomination dans un emploi peut être comprise comme l'affectation d'un magistrat à des fonctions du siège au sein d'une juridiction déterminée. Dans le droit commun de la fonction publique, l'emploi est présenté par opposition au grade, comme étant « *à la disposition* » de l'administration. Pour reprendre les propos du Maréchal Soult en 1834, l'emploi de l'officier appartient « *au commandement supérieur des armées dont était investi le roi* ». Il en résulte pour l'administration, le pouvoir d'affecter les agents suivant l'intérêt du service, sous le contrôle du juge, et dans la limite des emplois correspondant à leur grade. Il en va en revanche différemment pour les magistrats inamovibles. L'intervention de l'administration, y compris lorsqu'elle est justifiée par l'intérêt du service, se trouve subordonnée à l'accord préalable du titulaire de l'emploi. Cela ressort notamment de l'article 4 du Statut organique qui, après avoir rappelé l'inamovibilité des magistrats du siège, précise dans un second alinéa que : « *En conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* ».

284. Inamovible dans son emploi, le magistrat du siège ne l'est pas en revanche dans sa fonction. Cette dernière peut être définie comme la catégorie de « *poste effectivement occupé(e)* »⁷⁶⁶ par un magistrat. Selon qu'il appartient au second⁷⁶⁷ ou au premier⁷⁶⁸ grade, ou qu'il se trouve classé hors hiérarchie⁷⁶⁹, celui-ci

⁷⁶⁵ O. Dord, *op. cit.*, p. 98.

⁷⁶⁶ R. Perrot, *Institutions judiciaires, op. cit.*, 12^e éd., 2006, p. 302.

⁷⁶⁷ Article 3 : juge, juge d'instruction, juge des enfants, juge de l'application des peines d'un tribunal de grande instance ou de première instance, juge d'un tribunal de grande instance chargé du service d'un tribunal d'instance, juge placé auprès d'un premier président de cour d'appel, juge du livre foncier, ou juge d'un tribunal supérieur d'appel .

⁷⁶⁸ Article 4 : premier président d'un tribunal de grande instance, d'un tribunal de première instance ou d'un tribunal supérieur d'appel ; premier vice-président d'un tribunal de grande instance ou d'un tribunal de première instance ; vice-président d'un tribunal supérieur d'appel, d'un tribunal de grande instance ou d'un tribunal de première instance ; vice-président d'un tribunal de grande instance ou de première instance, chargé de l'instruction, des fonctions de juge des enfants, de l'application des peines et du service d'un tribunal d'instance ; vice-président placé auprès d'un premier président de cour d'appel ; conseiller de cour d'appel ; conseiller référendaire à la Cour de cassation.

⁷⁶⁹ Article 2 : magistrats de la Cour de cassation, hors conseillers référendaires ; premiers présidents des cours d'appel ; présidents de chambre à la cour d'appel de Paris et de Versailles ; président, premiers vice-présidents, et premier vice-président chargé de l'instruction, du tribunal de grande instance de Paris ; présidents des tribunaux de grande instance d'Aix-en-Provence, Béthune,

est amené à exercer une fonction spécifique au sein d'un large éventail de fonctions énumérées par le décret du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance organique⁷⁷⁰. Toutefois, dans la mesure où la nature de la fonction est conditionnée par le grade, voir par le « *groupe* » au sein du second grade, un magistrat accédant au grade supérieur est contraint d'abandonner la fonction qu'il exerçait antérieurement. Par ailleurs, l'exercice de certaines fonctions est limité dans le temps. Ainsi, les fonctions de président d'un tribunal de grande instance, d'un tribunal de première instance, ou d'un tribunal supérieur d'appel, ne peuvent excéder sept ans dans la même juridiction⁷⁷¹. De même, sont limitées à dix ans au sein d'un même tribunal de grande instance ou de première instance, les fonctions de juge d'instruction, de juge des enfants, de juge de l'application des peines, et de juge chargé du service d'un tribunal d'instance⁷⁷². Pour autant, l'inamovibilité ne laisse pas son bénéficiaire sans protection. En matière disciplinaire, « *le retrait de certaines fonctions* » est encadré par une garantie de compétence, identique à celle qui s'applique à la « *rétrogradation* »⁷⁷³.

Enfin, l'inamovibilité ne s'étend pas jusqu'au poste du magistrat du siège. Le poste correspond à la fonction précise exercée par ce dernier, au sein d'une juridiction déterminée. Roger Grégoire a eu recours à une formule imagée, afin de la situer par rapport à l'emploi et à la fonction : « *Le style de ce siège, son confort varient suivant le genre de travail et l'importance de celui qui l'utilisera ; mais sa place n'est pas fixe, il peut être transporté dans plusieurs bureaux devant des tables couvertes de documents très différents qui représentent autant de fonctions distinctes* »⁷⁷⁴. Cette absence de stabilité se retrouve à l'égard des magistrats du siège. Ainsi, l'article L. 121-3 du code de l'organisation judiciaire donne compétence au premier président de la Cour de cassation, à ceux des cours d'appel, aux présidents des tribunaux de grande instance, et aux magistrats chargés de la direction et de l'administration des tribunaux d'instance, pour répartir chaque année, « *les juges dans les différents services de la juridiction* ». En cours d'année, les mêmes

Bobigny, Bordeaux, Créteil, Evry, Grasse, Grenoble, Lille, Lyon, Marseille, Metz, Mulhouse, Nanterre, Nantes, Nice, Pontoise, Rouen, Strasbourg, Toulouse et Versailles.

⁷⁷⁰ Décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁷⁷¹ Article 28-2 de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958, JO, 23 décembre 1958.

⁷⁷² Article 28-3 de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958, JO, 23 décembre 1958.

⁷⁷³ Chapitre VII de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958, JO, 23 décembre 1958.

⁷⁷⁴ R. Grégoire, *La fonction publique*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, Paris, 2005, p. 131.

autorités peuvent procéder au remplacement d'un juge empêché, par un autre juge de la même juridiction⁷⁷⁵.

Ainsi, l'unité matérielle de base par rapport à laquelle le magistrat du siège doit être considéré comme inamovible en l'état du droit positif, est l'emploi. Ce constat réalisé, il convient de prolonger la réflexion en déterminant la nature du droit dont bénéficie le magistrat sur son siège.

2°) Une protection subjective de l'emploi

285. Dans la mesure où l'inamovibilité vise à assurer une protection particulière du magistrat dans son emploi, il devrait logiquement en découler pour celui-là, un certain droit vis-à-vis de son siège. Plus précisément, il s'agit de s'interroger sur la nature de ce celui-ci. Il peut consister en un droit objectif, c'est à dire en une « *possibilité d'agir même sans les tiers* », en vertu d'une habilitation prévue par la règle de droit. Mais il peut également être un droit subjectif, à savoir une faculté de « *faire valoir une prérogative donnée à l'encontre d'autrui* »⁷⁷⁶. Toutefois, l'inamovibilité étant présentée comme une protection contre l'arbitraire du Pouvoir politique, il appartient de se concentrer sur la seconde qualification.

La reconnaissance d'un droit subjectif revêt ici une importance d'autant plus forte, qu'elle apparaît comme une condition *sine qua non* de la réalité de l'inamovibilité. Elle implique effectivement que le magistrat puisse arguer de sa qualité, à la fois pour ne pas être évincé de son siège, et pour obtenir sa réintégration dans ce dernier en cas d'éviction arbitraire. Le Conseil d'Etat reconnaît d'ailleurs un droit subjectif en faveur des fonctionnaires, vis-à-vis de leur grade. C'est le sens de l'arrêt « *Guille* » du 16 octobre 1959, à l'occasion duquel il a estimé : « *qu'un fonctionnaire ayant fait l'objet d'une mesure d'éviction annulée par la juridiction administrative ne peut, en principe, prétendre, en exécution de la décision d'annulation, qu'à un emploi de son grade dans son cadre mais non à sa réintégration dans l'emploi même qu'il occupait* »⁷⁷⁷.

286. Entre la fin du XIXe siècle et la première moitié du XXe siècle, la doctrine a essentiellement lié l'idée d'un droit subjectif découlant de l'inamovibilité, à une conception contractuelle ou patrimoniale du siège, ou encore à la possibilité

⁷⁷⁵ Article R. 131-7 du code de l'organisation judiciaire, pour la Cour de cassation. Article R. 213-7 du même code, pour les cours d'appel. Article R. 311-22 du même code, pour les tribunaux de grande instance.

⁷⁷⁶ D. Glumann, *Droit subjectif*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, pp. 529-530.

⁷⁷⁷ CE, Sect., arrêt du 16 octobre 1959, « *Guille* », Rec. p. 316.

d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre l'acte évinçant illégalement le magistrat.

La thèse contractuelle semble trouver sa source dans le droit allemand. La loi impériale du 31 mars 1873 sur les fonctionnaires, opérait effectivement une distinction entre la fonction et l'emploi. La première, conçue comme l'objet d'un « *contrat de service public* »⁷⁷⁸ entre l'administration et l'agent inamovible, ne pouvait être retirée à celui-ci. Il en allait en revanche différemment du second, considéré comme la simple concession unilatérale d'une compétence. En droit français, l'idée suivant laquelle les fonctionnaires, et non pas seulement les agents inamovibles, se trouveraient dans une situation contractuelle à l'égard de l'administration, a notamment été défendue en son temps par le Vice-président Laferrière⁷⁷⁹. Celle-ci a bénéficié d'un certain écho dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, avec l'arrêt du 7 août 1909, « *Winkell* »⁷⁸⁰. Cependant, la haute juridiction administrative est revenue sur sa jurisprudence à l'occasion d'un arrêt du 22 octobre 1937, « *Dlle Minaire* »⁷⁸¹, en estimant que le fonctionnaire nommé se trouve « *vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire* ». Les magistrats du siège ne font pas exception à cette jurisprudence, si ce n'est qu'ils se trouvent dans une situation « *statutaire et (légal) organique* ».

Selon la thèse patrimoniale soutenue par le Doyen Hauriou⁷⁸², le magistrat inamovible disposait en raison de sa qualité, d'une sorte de « *propriété* » du siège. Toutefois, il convient de dissocier le droit de propriété d'un droit subjectif. Alors que le premier donne à son bénéficiaire une faculté « *d'agir* » sur le bien objet de la propriété, le second permet de faire « *respecter* »⁷⁸³ cette faculté à l'égard des tiers. Ainsi, la propriété du siège n'implique pas nécessairement l'existence corollaire d'un droit subjectif en faveur du magistrat. Au-delà, la reconnaissance d'une propriété du siège apparaît peu vraisemblable en droit positif. D'une part, son étendue serait nécessairement limitée. En raison de la suppression de la vénalité et de l'hérédité des offices de judicature sous la Révolution, ainsi que de celle du système des épices, le

⁷⁷⁸ L. Duguit, *Etudes de droit public...*, *op. cit.*, p. 579.

⁷⁷⁹ E. Laferrière, *op. cit.*, p. 614.

⁷⁸⁰ CE, arrêt du 7 août 1909, « *Winkell* », concl. Tardieu, Rec. pp. 826 et 1296.

⁷⁸¹ CE, arrêt du 22 octobre 1937, « *Dlle Minaire* », concl. Lagrange, Rec. p. 843.

⁷⁸² M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 4^e éd., 1900, pp. 586 et 594.

⁷⁸³ D. Glumann, *op. cit.*, pp. 529-530.

droit de propriété du magistrat sur son siège se réduirait à l'*usus*⁷⁸⁴. D'autre part, certaines règles fondamentales du droit public paraissent faire obstacle à son existence même. Les fonctions du siège constituent le cœur de la fonction juridictionnelle, fonction régaliennne et de souveraineté par excellence. Aussi, elles semblent figurer au rang de ces missions qui, à l'instar de la police administrative, ne peuvent être déléguées en raison de leur « *nature* »⁷⁸⁵.

Enfin, dans son *Traité de la juridiction administrative*, le Vice-président Laferrière a défendu l'idée d'un droit subjectif découlant de l'inamovibilité, en raison de la possibilité pour le magistrat d'exercer un recours pour excès de pouvoir pour violation de la loi, contre l'acte l'ayant illégalement évincé. Selon lui : « *La violation de la loi n'est un moyen d'annulation que si elle constitue en même temps une atteinte à un droit* »⁷⁸⁶. Cette approche a cependant été critiquée par le Doyen Duguit, dans la mesure où elle revenait à reconnaître au sein du recours pour excès de pouvoir, un contentieux objectif pour violation des règles de forme ou de compétence, et un contentieux subjectif pour violation de la loi. L'auteur est venu démontrer les limites de cette théorie, en s'attachant à relever la différence entre le résultat escompté et le résultat obtenu. Tandis que la vocation d'un droit subjectif est de permettre à son titulaire arbitrairement évincé, d'être réintégré dans ses droits, le recours pour excès de pouvoir a pour seule finalité d'obtenir l'annulation de l'acte litigieux⁷⁸⁷.

287. Le Conseil d'Etat a finalement apporté une réponse à ce débat doctrinal, dans un arrêt d'Assemblée du 27 mai 1949, « *Véron-Réville* »⁷⁸⁸. La haute juridiction a reconnu à cette occasion, l'existence d'un droit subjectif du magistrat inamovible vis-à-vis du siège dans lequel il a été nommé. En l'espèce, Monsieur Véron-Réville, juge doyen au tribunal de première instance de Bordeaux, avait fait l'objet d'un

⁷⁸⁴ Le droit de propriété se trouve composé de l'*abusus*, du *fructus* et de l'*usus*.

⁷⁸⁵ CE, arrêt du 17 juin 1932, « *Ville de Castelnaudary* », Rec. p. 595.

⁷⁸⁶ E. Laferrière, *op. cit.*, pp. 532, 534 et 540.

⁷⁸⁷ « *Tout devient clair, si dans ces actes qui violent, dit-on, une loi de fond et portent atteinte à un droit acquis, on voit seulement des actes administratifs faits par un fonctionnaire qui a excédé sa compétence, non parce qu'il a porté atteinte à un droit subjectif qui n'existe pas, mais parce qu'il a agi au-delà des limites mises à ses pouvoirs par la loi. Cela est patent dans notre espèce. Il est incontestable que le Conseil d'Etat, saisi d'un pareil recours, pourra tout simplement maintenir ou annuler l'acte qui a frappé le magistrat, qu'il ne pourra point ordonner la réintégration du magistrat sur son siège, ni prononcer aucune condamnation contre l'Etat ; non seulement il ne pourra pas condamner l'Etat à payer une indemnité au magistrat illégalement frappé, mais il ne pourra même pas le condamner au payement des arrérages du traitement en retard* », Léon Duguit, *Etudes de droit public...*, *op. cit.*, p. 592.

⁷⁸⁸ CE Ass., arrêt du 27 mai 1949, « *Véron-Réville* », concl. Odent, Gazette du Palais, 10 juin 1949, pp. 34-36.

arrêté ministériel de mise à la retraite d'office, au titre de l'épuration administrative. Le Conseil d'Etat ayant annulé cette décision pour défaut de base légale, l'ancien juge avait en conséquence été réintégré dans la magistrature du siège, en étant nommé dans un emploi équivalent au tribunal de première instance de Limoges. L'intéressé ayant également exercé un recours contre le nouveau décret de nomination, le Conseil d'Etat a estimé, dans un considérant de principe, que son premier arrêt : *« comportait nécessairement l'obligation pour l'administration de le réintégrer dans ce même emploi à la date où il en avait été illégalement privé ; qu'à défaut de ce poste vacant (au tribunal ou était initialement affecté l'intéressé) lors de la réintégration du sieur Véron-Réville, il incombait à l'autorité compétente de provoquer cette vacance en rapportant le décret qui avait désigné le successeur du requérant »*.

Le principal intérêt de cette solution, réside dans la distinction qu'elle opère entre les magistrats inamovibles et les autres agents publics. Tandis que les premiers doivent pouvoir être réintégré dans le siège même dont ils ont été arbitrairement évincés, les seconds bénéficient uniquement de la possibilité d'être réintégré dans un emploi correspondant à leur grade. Dans ses conclusions, le Commissaire du gouvernement Odent a clairement établi le lien entre l'inamovibilité et le siège : *« L'inamovibilité accordée aux magistrats du siège par le dernier alinéa de l'article 84 de la Constitution du 27 octobre 1946 garantit à chacun d'eux la possession du siège auquel il a été nommé. Tout magistrat irrégulièrement évincé de son siège doit retrouver ce siège précis... »*. Cette jurisprudence, confirmée dans un arrêt du 26 octobre 1960, *« Corvisy »*⁷⁸⁹, à l'égard des magistrats du siège, a été étendue aux seuls titulaires d'un emploi unique. Il en va notamment ainsi de l'emploi d'administrateur de la Comédie française, depuis un arrêt du 1^{er} décembre 1961, *« Bréart de Boisanger »*⁷⁹⁰.

Concernant les modalités de mise en œuvre de cette jurisprudence, celle-ci implique de prime abord que le magistrat *« se trouve pourvu d'un siège »*⁷⁹¹ au moment de son éviction. Effectivement, la solution adoptée par le Conseil d'Etat n'a pas pour objet d'accorder un privilège spécifique au magistrat. La mesure d'éviction ayant été annulée, il s'agit de concrétiser au mieux cette fiction juridique suivant

⁷⁸⁹ CE, arrêt du 26 octobre 1960, *« Corvisy »*, Rec. p. 1044.

⁷⁹⁰ CE, arrêt du 1^{er} décembre 1961, *« Bréart de Boisanger »*, Rec. p. 676.

⁷⁹¹ CE, arrêt du 3 janvier 1951, *« Sieur Delnomdedieu »*, Rec. p. 425 ; *« Considérant... que l'inamovibilité des magistrats du siège ayant été rétablie par l'ordonnance du 13 avril 1945 et réaffirmée par la Constitution du 27 octobre 1946 en son article 84, l'autorité saisie du recours gracieux du sieur Dirat ne pouvait que tirer de la règle essentielle dont il s'agit les conséquences qu'elle implique nécessairement, en garantissant aux magistrats définitivement investis, la possession des sièges qui leurs avaient été attribués »*, CE, arrêt du 26 mai 1950, *« Dirat »*, Rec. p. 322.

laquelle l'intéressé est censé n'avoir jamais cessé d'exercer ses fonctions. A cet effet, l'intervention de la loi du 8 février 1995 a permis d'opérer une avancée significative, en autorisant le Conseil d'Etat à prononcer des injonctions à l'encontre de l'administration. Toutefois, en dépit de son apport incontestable en faveur de l'inamovibilité, la jurisprudence « *Véron-Réville* » et ses suites souffrent d'une double limite. D'une part, la haute juridiction administrative estime, depuis un arrêt « *Dirat* » du 26 mai 1950⁷⁹², que le successeur d'un agent irrégulièrement évincé, possède un droit acquis à sa nomination, dès lors que cette dernière n'a pas été contestée dans le délai légal. Aussi, la réintégration du magistrat évincé dans son emploi, est subordonnée à l'exercice d'un recours contentieux dirigé contre deux actes différents : l'acte l'évinçant ; et la décision nommant son successeur. D'autre part, le droit à rémunération étant conditionné par la règle du service fait, le magistrat rétabli dans son emploi peut au mieux, obtenir une indemnité équivalente au traitement dont il a été privé raison de son éviction arbitraire⁷⁹³.

B . La délimitation de l'inamovibilité dans le temps

288. La doctrine appréhende classiquement l'inamovibilité dans le temps, sous l'angle de la durée des fonctions du siège. Celle-ci doit être suffisamment longue, ou du moins susceptible d'être connue par avance à l'aune des textes, afin d'assurer au mieux l'indépendance du magistrat. Cependant, deux zones d'ombre demeurent, renforcées par l'introduction du système de la carrière. Il importe effectivement de déterminer le commencement **(1)** et la fin de l'inamovibilité **(2)**.

1°) Le début de l'inamovibilité

289. Selon l'article 64 alinéa 3 de la Constitution et l'article 4 alinéa 1^{er} de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, « *les magistrats du siège son inamovibles* ». Dans ces conditions, le bénéfice de l'inamovibilité se trouve *a priori* conditionné par les qualités de magistrat et de magistrat du siège.

Ainsi, les auditeurs de justice ne sont pas inamovibles. L'article 1^{er} de l'ordonnance organique opère effectivement une distinction au sein du corps judiciaire, entre ceux-ci et les différentes catégories de magistrats. Les auditeurs ont vocation à obtenir cette dernière qualité, au terme de leur formation à l'Ecole nationale de la magistrature. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs tiré de cette absence d'inamovibilité, deux séries de conséquences. Tout d'abord, il a estimé

⁷⁹² CE, arrêt du 26 mai 1950, « *Dirat*, Rec. p. 322.

⁷⁹³ CE Ass., arrêt du 7 avril 1933, « *Deberles* », Rec. p. 439.

qu'en raison de la particularité de leur statut : « *La participation des auditeurs de justice avec voix délibérative, à l'activité juridictionnelle d'un tribunal de grande instance, est incompatible...avec le principe de l'indépendance des juges tel qu'il résulte de l'article 64 de la Constitution* »⁷⁹⁴. Ils ne peuvent donc exercer des fonctions de magistrats du siège. En outre, il a admis la constitutionnalité de la procédure d'affectation d'office d'un auditeur de justice, qui n'aurait pas exprimé de choix en fonction de son classement et de la liste proposé⁷⁹⁵. Au terme de l'article 26 alinéa 3 de l'ordonnance organique, l'auditeur qui refuserait la proposition de nomination faite d'office par le garde des Sceaux, est « *considéré comme démissionnaire* ».

Comme cela a déjà été relevé, les magistrats du parquet et ceux du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice, ne sont pas non plus inamovibles. Dans la mesure où ceux-ci ont été également nommés dans des fonctions de magistrat, il serait tentant de faire partir l'inamovibilité de la date de la nomination dans des fonctions du siège. Pourtant, l'acte de nomination demeure insuffisant pour conférer à un auditeur de justice, ou à un candidat intégré directement dans la magistrature, le statut de magistrat. Deux formalités sont encore nécessaires. Une fois nommé dans son premier poste, le candidat magistrat doit prêter serment, en application de l'article 6 de l'ordonnance, devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle il a été nommé. Il doit enfin se soumettre, suivant l'article 7 du même texte, à la « *cérémonie de l'installation* » qui se déroule à l'occasion de l'audience solennelle de la juridiction à laquelle il a été nommé ou rattaché. Il existe donc une certaine incertitude doctrinale, concernant le point de départ de l'inamovibilité : date de la nomination, du serment ou de l'installation.

290. La prise en compte de la nomination comme point de départ de l'inamovibilité, trouve son argument le plus visible dans les textes constitutionnels. Parmi la longue liste des Constitutions qui ont consacré l'inamovibilité au cours de l'histoire, les quelques textes ayant envisagé son commencement, se sont tous inscrits en ce sens. Il en allait ainsi des Chartes de la Restauration et de la Monarchie de Juillet, suivant lesquelles : « *Les juges nommés par le Roi sont inamovibles* »⁷⁹⁶. Beaucoup plus explicite, l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire prévoyait que les juges : « *sont inamovibles et à vie dès l'instant de leur nomination* »⁷⁹⁷. A

⁷⁹⁴ CC, décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970.

⁷⁹⁵ CC, décision n° 93-336 DC du 27 janvier 1994.

⁷⁹⁶ Article 58 de la Charte du 4 juin 1814, et article 49 de la Charte constitutionnelle du 7 août 1830.

⁷⁹⁷ Article 51 de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, du 22 avril 1815.

cette époque, la thèse de la nomination a notamment été soutenue dans la doctrine, par Jean-Denis Lanjuinais⁷⁹⁸ et Victor Foucher⁷⁹⁹. Pour eux, cette solution était la mieux à même de garantir l'inamovibilité des magistrats. En effet, elle faisait obstacle à ce que le chef de l'Etat ne revienne sur sa décision, soit en n'accordant pas l'institution ou des provisions au magistrat nouvellement nommé, soit en lui faisant refuser la prestation de serment ou l'installation dans ses fonctions.

Deux autres justifications, attachées au système de la carrière, conduisent à privilégier ce choix. Le serment et l'installation s'appliquent indistinctement aux magistrats affectés à des fonctions du siège ou à d'autres fonctions de la magistrature. Elles ne constituent pas un préalable spécifique et exclusif à l'exercice des fonctions du siège, et n'emporte pas automatiquement le bénéfice de l'inamovibilité. Cette dernière garantie est nécessairement subordonnée par une nomination dans ces fonctions. Au-delà, il convient de relever que la prestation de serment est uniquement requise au moment de la nomination « *dans son premier poste* ». Dans ces conditions, le magistrat faisant l'objet d'une nouvelle affectation, n'est plus tenu de renouveler cette formalité. Il en allait autrement sous l'Ancien Régime, les magistrats devant alors procéder à une nouvelle prestation de serment, toutes les Saint-Martin⁸⁰⁰. Par un arrêt du 21 juillet 1832⁸⁰¹, la Cour de cassation a amorcé le déclin de cette exigence, en estimant qu'un magistrat changeant de cour d'appel avec les mêmes fonctions, n'était pas astreint à un nouveau serment. En l'état du droit positif, la seule exception qui ait été maintenue, concerne les anciens magistrats réintégrés au sein de la magistrature⁸⁰². En revanche, un magistrat qui aurait été initialement nommé dans des fonctions du parquet, ou qui aurait demandé à y être affecté après avoir exercé des fonctions du siège, ne serait pas soumis à une nouvelle prestation de serment, dans l'hypothèse où il déciderait de réintégrer la magistrature assise. Pourtant, dans de telles circonstances, il n'aurait pas bénéficié de l'inamovibilité pendant toute la durée de ses fonctions au parquet.

291. A défaut d'être une condition spécifique de l'inamovibilité, le serment ne semble pas moins en constituer une exigence nécessaire. D'un point de vue sociologique, la distinction entre la nomination et la prestation de serment renvoie à

⁷⁹⁸ J.-D. Lanjuinais, *Constitutions de la nation française, avec un essai de traité historique et politique sur la Charte*, Baudouin frères, Paris, 1819, pp. 296-297.

⁷⁹⁹ Annotations de V. Foucher in G.L.J. Carré, *Traité des lois...*, t. 1, *op. cit.*, p. 120.

⁸⁰⁰ C. Charrier, *Le serment, étude de droit positif et de législation*, A. Rousseau, Paris, 1899, 240 p.

⁸⁰¹ C.Cass., arrêt du 21 juillet 1832, S. 33.1.63.

⁸⁰² Article 6 alinéa 5 de l'ordonnance organique.

celle qui existe entre l'objet et la finalité de l'inamovibilité. La nomination, aussi objective soit-elle, se présente principalement comme une mesure en faveur du magistrat. A l'inverse, le serment apparaît essentiellement comme une garantie pour la justice et les justiciables. Frédéric Sauvageot a clairement mis en exergue cette dernière fonction : « *Le fondement contemporain des serments juridictionnels paraît essentiellement tenir de la nécessité de rassurer le corps social quant au bon fonctionnement de l'institution juridictionnelle. On retrouve l'idée essentielle selon laquelle chaque juge ne se considère pas, et ne saurait être considéré, comme disposant d'une volonté arbitraire dans l'exercice de ses fonctions. Dans ce but, lors de la prestation de serment, il s'identifie comme un « magistrat » et s'engage, vis-à-vis de ses collègues, mais surtout du corps social, à remplir les fonctions liées à cette qualité avec dignité et probité* »⁸⁰³.

L'importance du serment dans la mise en œuvre de l'inamovibilité, ressort également de son libellé. Ce dernier marque tout d'abord une rupture avec la situation des auditeurs de justice. Selon l'article 20 de l'ordonnance organique, ceux-ci doivent effectivement prêter un serment ainsi formulé : « *Je jure de garder religieusement le secret professionnel et de me conduire en tout comme un digne et loyal auditeur de justice* ». Dans le serment prévu à l'article 6 du même texte, à l'égard des magistrats nouvellement nommés, les mots : « *secret professionnel* », laissent place aux mots : « *secret des délibérations* ». Or, comme cela a été souligné précédemment, les auditeurs de justice ne peuvent participer avec voix délibérative à l'activité juridictionnelle d'un tribunal, en l'absence d'inamovibilité. *A contrario*, le bénéfice de l'inamovibilité devrait seulement être accordé à partir du moment où le magistrat a été nommé à des fonctions du siège, mais plus encore à compter de celui où il a juré de garder religieusement le secret des délibérations. Le libellé du serment affecte par ailleurs le régime disciplinaire applicable aux magistrats du siège. Au terme de l'article 43 du Statut organique, la faute disciplinaire est définie comme : « *Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité* ». La faute recoupe ainsi, dans une certaine mesure, les obligations dont le magistrat a juré le respect, lors de sa prestation de serment. Certes, la définition du manquement disciplinaire concerne l'ensemble des magistrats, et non pas uniquement ceux qui ont été affectés à des fonctions du siège. Cependant, sachant que l'inamovibilité constitue une garantie contre les évictions arbitraires, il semblerait logique que la prestation de serment conditionne la mise en œuvre du régime disciplinaire prévu au chapitre VII de l'ordonnance organique.

Plus concrètement, la prestation de serment emporte plusieurs conséquences juridiques en faveur du magistrat. Ainsi, suivant une jurisprudence ancienne de la

⁸⁰³ F. Sauvageot, *Serment et hautes autorités étatiques*, RDP, n° 1, 2006, p. 210.

Cour de cassation, semble-t-il toujours en vigueur, la validité des actes réalisés par un magistrat sont conditionnées par l'accomplissement de cette formalité⁸⁰⁴. De la même manière, un décret du 31 janvier 1811⁸⁰⁵, aujourd'hui abrogé, faisait courir le traitement du magistrat à compter du jour de celle-ci.

292. La dernière solution consiste à faire partir l'inamovibilité, de l'installation du magistrat dans ses fonctions. Celle-ci a pour racine latine, le terme *stallum*, ce qui signifie «*siège*», «*chaire*», et qui renvoie à l'idée de placer quelqu'un sur le siège ou dans la chaire qu'il doit occuper. Le Jurisconsulte Guillaume Carré a défini cette formalité comme : «*la mise en possession par laquelle celui qui est appelé à une fonction, en commence l'exercice*»⁸⁰⁶. Cependant, l'inamovibilité du magistrat du siège semble lui être déjà acquise au moment du déroulement de la cérémonie. Si dans le prolongement de leur droit d'enregistrement, les juridictions de l'Ancien régime pouvaient refuser l'installation d'un magistrat nouvellement nommé, il n'en va plus de même depuis le début du XIXe siècle. A l'occasion de trois arrêts des 26 août 1831, 21 juillet 1832, et 2 mars 1889⁸⁰⁷, confortés par un avis du 23 août 1871⁸⁰⁸, la Cour de cassation a effectivement considéré que la capacité légale d'un magistrat ayant reçu l'investiture gouvernementale et admis au serment, ne pouvait être contestée par elle.

293. Dans ces conditions, la détermination du point de départ de l'inamovibilité, implique d'opérer une distinction. En cas de nomination d'un magistrat dans «*son premier poste*», ou de nomination d'un «*ancien magistrat...réintégré*», le bénéfice de l'inamovibilité part de sa prestation de serment consécutive à sa nomination dans des fonctions du siège. En revanche, lorsqu'une telle nomination concerne un magistrat en exercice, l'inamovibilité commence à courir à compter du jour de la notification de celle-ci.

2°) La cessation de l'inamovibilité

294. Sous l'Ancien Régime, les trois causes de cessation de l'inamovibilité étaient la résignation, la mort et la révocation. Seule cette dernière s'est maintenue

⁸⁰⁴ C.Cass., arrêt du 12 janvier 1809, Dalloz, 1809, supplément p. 43 ; et C.Cass., arrêt du 29 avril 1892, S. 1893.1.215.

⁸⁰⁵ Article 27 du décret du 31 janvier 1811. Dans sa thèse de 1902, Léon Ducom intégrait encore cette disposition dans le droit positif. Voir : *op. cit.*, p. 107.

⁸⁰⁶ G.L.J. Carré, *Traité des lois...*, t. 1, *op. cit.*, p. 151.

⁸⁰⁷ C.Cass., arrêt du 2 mars 1889, Dalloz, 1889.1.390.

⁸⁰⁸ Cité in A. Carpentier, G. Frèrejouan du Saint, *Organisation judiciaire*, Répertoire général alphabétique du droit français, Paris, 2^e éd., 1924, t. 29, pp. 368 et s.

pendant la Révolution. Elle a néanmoins été complétée, pendant cette période, par l'expiration du mandat électif. Depuis la réintroduction du principe de la nomination à vie, sous le Premier Empire, le régime de la cessation de l'inamovibilité a connu une importante évolution. A cet égard, il apparaît essentiel de relever l'absence d'équivalence nécessaire entre la fin de l'inamovibilité du magistrat du siège, et la « *cessation définitive des fonctions entraînant radiation des cadres* »⁸⁰⁹. En dehors des cas particuliers de la démission volontaire et de certaines sanctions disciplinaires, le terme de l'inamovibilité peut, dans le cadre du système actuel de carrière, intervenir dans trois hypothèses. Il peut résulter de la limite d'âge, d'un changement d'affectation pendant le cours de la carrière, ou encore de l'honorariat.

295. La limite d'âge correspond aujourd'hui à l'hypothèse classique de cessation de l'inamovibilité. Elle se trouve essentiellement justifiée par la volonté de ne pas sacrifier l'indépendance personnelle du magistrat, au détriment de sa capacité à exercer ses fonctions. Cependant, c'est aussi la cause de cessation dont la mise en œuvre a été la plus délicate, dans la mesure où l'inamovibilité a longtemps été assimilée à l'exercice à vie des fonctions du siège. Les appels à la sagesse des magistrats⁸¹⁰ étant le plus souvent demeurés lettre morte, il est revenu aux pouvoirs politiques d'intervenir. C'est pourquoi, son introduction s'est révélée très progressive à partir du début du XIXe siècle.

Jusqu'à la République décennale, les textes se caractérisaient par leur portée curative et leur caractère facultatif. Ainsi, le décret du 2 octobre 1807 disposait que : « *ceux de nos officiers...que la cécité, la surdité ou d'autres infirmités graves mettraient hors d'état d'exercer leurs fonctions seront admis à prendre leur retraite* ». C'est seulement à titre subsidiaire, en l'absence d'initiative du magistrat concerné, que ce texte organisait une procédure de mise à la retraite d'office, dont la mise en œuvre était confiée à la hiérarchie au sein de chaque juridiction⁸¹¹. Ce décret

⁸⁰⁹ Article 73 de l'ordonnance organique. Ces hypothèses de cessation définitive des fonctions, sont : la démission d'office, la démission régulièrement acceptée ; la mise à la retraite, et l'admission à cesser ses fonctions lorsque le magistrat n'a pas droit à pension ; la révocation ; et la nomination directe dans l'une des administrations centrales de l'Etat, des services déconcentrés en dépendant, ou des établissements publics de l'Etat.

⁸¹⁰ Par exemple, sous l'Ancien régime, La Roche Flavin écrivait : « *Le magistrat ayant charge publique qui ne peut plus, par infirmité de corps, imbecillité d'entendement, affoiblissement de vieillesse ; ou autrement pour quelque empeschement que ce soit à lui survenu, satisfaire au devoir de sa charge, fera mieux s'en desporter et desmettre estant les charges publiques ordonnées aux hommes, pour en user au service du public, et non pour en iouyr au respect de l'interest et profit particulier* ». Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 205.

⁸¹¹ « *Lorsque ceux, qui se trouveront dans un des cas ci-dessus déterminés, négligeront de demander leur retraite, nos Présidents et nos Procureurs généraux en donneront avis à notre grand juge, ministre de la Justice, qui, après avoir demandé les observations de celui auquel on propose d'accorder une retraite, nous fera son rapport pour être par nous statuer ce qu'il appartiendra* ».

fut remplacé sous la Restauration par la loi du 16 juin 1824, laquelle instituait une procédure plus contraignante de mise à la retraite, à l'égard des magistrats que « *des infirmités graves et permanentes mettraient hors d'état d'exercer leurs fonctions* ». Toutefois, comme devait s'en alarmer en 1838, Dumont de Saint-Priest, Procureur général près la cour d'appel de Limoges : « *aucune Cour de France n'avait encore, à sa connaissance recouru aux dispositions de la loi de 1824 dont l'application a quelque chose d'humiliant pour la Magistrature en général* »⁸¹². Dans ces conditions, la magistrature assise de cette époque, offre de nombreux exemples de magistrats d'âge très avancé. Ainsi, Henrion de Pansey fut nommé en 1828 aux fonctions de premier président de la Cour de cassation, alors qu'il était âgé de 86 ans. De la même façon, Gillet occupait encore la charge de président du tribunal de Vitry-le-François en 1852, alors qu'il avait 85 ans et qu'il avait été désigné juge dans cette ville le 14 germinal an VIII. Enfin, Burle, juge de l'instruction à Tarascon en 1848, souffrait à 83 ans d'une telle infirmité, qu'il était dans l'incapacité de se déplacer⁸¹³.

Il est revenu au décret du 1^{er} mars 1852, pris dans les premiers mois suivants le coup d'Etat du Prince-président Louis-Napoléon Bonaparte, d'arrêter pour la première fois dans l'histoire de la magistrature, une limite d'âge. Cette dernière était fixée à soixante-quinze ans pour les membres de la Cour de cassation, et à soixante-dix ans pour les magistrats des cours d'appel et des tribunaux de première instance. De manière corollaire, l'ouverture des droits à pension se trouvait désormais liée à la seule condition d'âge, et non plus à l'exigence d'infirmités. En raison du contexte politique dans lequel il est intervenu, ce texte a été dénoncé comme une atteinte à l'inamovibilité⁸¹⁴. Il faisait effectivement suite à la démission du Procureur général de la Cour de cassation, Dupin, en signe de protestation contre la confiscation des biens de la famille d'Orléans. Ce texte avait incontestablement pour objet de favoriser le départ des hauts magistrats distingués sous les régimes antérieurs. Dans ses conséquences, il constituait également une entorse à l'inamovibilité, en raison de son application immédiate à des magistrats nommés à vie. Néanmoins, il fut appliqué

⁸¹² Lettre au garde des Sceaux, du 11 septembre 1838. Citée in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française...*, t. 2, *op. cit.*, p. 208.

⁸¹³ Des troubles étant survenus à Arles, il ne put s'y rendre en raison de son état. Il fut en conséquence déchargé de ses fonctions d'instruction, tout en conservant des fonctions de juge. Boyer, président de chambre à la Cour de cassation, âgé de 89 ans et presque aveugle en 1843, justifia sa demande de départ en retraite, en ces termes : « *Arrivé à la 90^e année de mon âge, j'ai cru voir dans ces circonstances un avertissement de la nature et je n'ai pas voulu attendre ceux de l'opinion publique, pour résigner des fonctions dans lesquelles tous les efforts de mon zèle pourraient ne pas suffire à l'accomplissement de les devoirs* ».

⁸¹⁴ Dans un discours prononcé devant le Corps législatif, le 11 mai 1864, soit douze ans plus tard, Jules Fabres déclarait : « *Le décret du 1^{er} mars 1852 a fait tout le mal qu'on en attendait ; car il était en réalité une mesure politique. On voulait épurer la Magistrature pour obtenir des votes ; on y est parvenu* ».

de manière uniforme à l'ensemble de la magistrature, et le Garde des Sceaux Abbattucci prit soin de souligner dans son rapport, les aspects positifs du décret au regard de l'inamovibilité⁸¹⁵.

La limite d'âge des magistrats n'a pas connu depuis lors, une évolution uniforme, oscillant en fonction des besoins liés à la bonne organisation et au bon fonctionnement du service public de la justice. La loi du 18 août 1936 procéda à un abaissement général de la limite d'âge, fixé à soixante-cinq ans pour la grande majorité des magistrats, sous réserve de certaines fonctions⁸¹⁶. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la loi du 15 février 1946⁸¹⁷ est venue relever de trois ans la limite d'âge, portant celle-ci à soixante-huit ans. Après une tentative de retour à la législation antérieure avec la loi du 8 août 1947⁸¹⁸, néanmoins atténuée par un décret du 18 décembre 1948⁸¹⁹, un décret du 9 août 1953⁸²⁰ a de nouveau relevé de deux ans l'âge de la mise en retraite. Ce dernier se trouvait ainsi fixé à soixante-dix ans, lors de l'avènement de la V^{ème} République. Mais les nécessités liées à l'intégration en métropole des magistrats en fonctions en Algérie, ont conduit l'ordonnance du 12 juillet 1962 à prévoir un abaissement de la limite d'âge à soixante-sept ans. Par suite, ce qui avait été initialement conçu comme une mesure transitoire, s'est progressivement mué en une mesure pérenne, que la loi organique du 13 septembre 1984⁸²¹ est encore venue conforter en abaissant l'âge de la retraite de deux années

⁸¹⁵ « *L'inamovibilité de la Magistrature que vous avez conservée dans un but social a besoin, pour que ce but soit atteint, d'être renfermée dans certaines limites destinées à la préserver de toute exagération...En effet, l'inamovibilité n'a pas été donnée au juge à titre de faveur personnelle ; elle a été créée pour le seul avantage des justiciables, afin qu'ils aient la certitude que le magistrat, placé au dessus des influences qui assiègent la fermeté de l'homme, ne dépend que de sa conscience et de la loi dont il est l'organe et l'esclave...(les juridictions ne peuvent) supporter sans inconvénients l'inertie de magistrats qu'affaïsse le poids des années...Il faut alors que l'indulgence de leurs collègues vienne au secours de leur défaillance, et ce n'est qu'en souvenir de leurs services passés qu'on oublie qu'ils ne peuvent plus en rendre de nouveaux* », Rapport, Dalloz, 4-62.

⁸¹⁶ Cette limite a été fixée à soixante-dix ans pour les membres de la Cour de cassation, le premier président et le procureur général de la cour d'appel de Paris, le président et le procureur de la République du tribunal de la Seine, et les juges de paix bénéficiant alors d'une « *quasi-inamovibilité* ». De même, la limite a été fixée à soixante-sept ans pour les premiers présidents et procureurs généraux de province, les magistrats de la cour d'appel de Paris autres que les chefs de cour, les présidents de chambre de province, les vice-présidents du tribunal de la Seine, et les présidents et procureurs de la République des tribunaux de 1^{ère} classe. Voir Gazette du Palais, 1936-2-1074.

⁸¹⁷ Dalloz, 1946, p. 127.

⁸¹⁸ Dalloz, 1947, p. 299.

⁸¹⁹ Dalloz, 1948, p. 463.

⁸²⁰ Dalloz, 1953, p. 279.

⁸²¹ Article 1^{er} de la loi organique n° 84-833 du 13 septembre 1984, modifiant l'article 76 de l'ordonnance organique, JO, 14 septembre 1984.

supplémentaires. Ce mouvement s'est toutefois trouvé récemment interrompu, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 29 novembre 2010 portant réforme des retraites⁸²². L'intervention de ce texte a en effet conduit à l'adoption de la loi organique du 10 novembre 2010⁸²³, qui a relevé à soixante-sept ans l'âge légal de départ à la retraite des magistrats. Ce faisant, il est intéressant de souligner que le législateur organique n'a pas entendu répercuter cette évolution, sur la situation des catégories de magistrats relevant d'un régime dérogatoire. Les articles 76 et 76-1-1 du Statut de la magistrature ont en effet conservé inchangées, les trois exceptions qui figuraient initialement dans des textes épars. L'article 76 alinéa 2 du Statut fixe d'une part à soixante-huit ans, la limite d'âge du premier président de la Cour de cassation. L'article 76-1-1 alinéa 1^{er} autorise d'autre part les magistrats hors hiérarchie du siège de la Cour de cassation, à être : « *maintenus en surnombre de l'effectif de la Cour jusqu'à l'âge de soixante-huit ans pour exercer...les fonctions de conseiller...à la Cour de cassation* »⁸²⁴. L'article 76-1-1 alinéa 2 permet enfin aux magistrats du siège des cours d'appel et des tribunaux de grande instance, d'être maintenus en activité jusqu'au même âge, pour : « *exercer les fonctions de conseiller ou de juge* »⁸²⁵.

296. Moins classique et souvent éludé, le changement d'affectation d'un magistrat du siège en cours de carrière, est susceptible d'entraîner une cessation de son inamovibilité. L'hypothèse la plus visible est celle de l'affectation, subordonnée au consentement du magistrat intéressé, à des fonctions amovibles telles que celles de magistrat du parquet ou du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice. Mais il convient également de s'intéresser aux cas de nouvelle affectation, consécutifs à l'expiration de fonctions du siège à durée déterminée. Celles-ci se sont effectivement multipliées depuis les années 1980. C'est pourquoi, le législateur a été amené à garantir la continuité des fonctions du siège, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, afin d'assurer le respect de l'inamovibilité.

Cette continuité est préservée par deux voies. Une première réside dans la succession des emplois au sein de la magistrature assise. L'article 28-1 du Statut organique prévoit ainsi la nomination obligatoire des conseillers référendaires, « *à l'expiration de la dixième année de leurs fonctions* ». Cette nomination doit

⁸²² Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

⁸²³ Article 61-1 de la loi organique n° 2010-1341 du 10 novembre 2010 relative à la limite d'âge des magistrats de l'ordre judiciaire.

⁸²⁴ Cette exception trouve son origine dans la loi organique n° 86-1303 du 23 décembre 1986 relative au maintien en activité des magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation.

⁸²⁵ Cette exception trouve son origine dans la loi organique n° 88-23 du 7 janvier 1988 portant maintien en activité des magistrats des cours d'appel et des tribunaux de grande instance.

intervenir dans un emploi pour lequel le magistrat du siège a donné son consentement, au minimum neuf ou six mois avant l'expiration de ses fonctions. En l'absence de choix de l'intéressé, réalisé dans les délais impartis par la loi, la nomination peut uniquement être effectuée dans un emploi du siège. Une seconde voie consiste à assurer cette continuité par la concomitance des emplois. Les fonctions concernées sont, celles de président d'un tribunal de grande instance ou de première instance, celles de juge d'instruction, de juge des enfants et de juge de l'application des peines d'un tribunal de grande instance ou de première instance, ainsi que celles de juge d'un tribunal de grande instance chargé du service d'un tribunal d'instance. Selon l'article 28-2 de l'ordonnance organique, les magistrats désignés dans des fonctions relevant de la première catégorie, doivent être nommés « *concomitamment à un emploi de conseiller...de la cour d'appel, ou...du premier grade du tribunal de grande instance de Paris* ». De la même manière, l'article 28-3 du même texte prévoit que les magistrats désignés dans des fonctions relevant de la seconde catégorie, doivent être nommés « *concomitamment à un emploi de magistrat du siège de ce tribunal de grande instance ou de première instance* ». Ainsi, à l'expiration des fonctions du siège dans lesquelles il avait été désigné pour un temps déterminé, le magistrat est conduit à exercer les fonctions inamovibles auxquelles il avait été nommé initialement.

Cependant, cette garantie n'est pas absolue. Les magistrats dont les fonctions du siège arrivent à expiration, peuvent effectivement être nommés en surnombre de l'effectif organique ou budgétaire de la juridiction dans laquelle ils exercent, ou dans laquelle ils ont été affectés à l'issue de leurs fonctions à durée déterminée. Si les articles 28-1 à 3 de l'ordonnance organique prévoient la résorption de ce surnombre à la première vacance utile, il n'en reste pas moins que le magistrat se trouve temporairement sans emploi. Or, comme l'a souligné le Conseil d'Etat dans son arrêt du 20 juillet 1951, « *Sieur Delnomdedieu* », le bénéfice de l'inamovibilité dans un emploi est subordonné à l'exercice de fonctions du siège⁸²⁶.

297. Il s'agit enfin de s'interroger sur la situation de l'honorariat, et plus précisément sur son rapport avec l'inamovibilité des magistrats du siège. Comme l'a souligné le Commissaire du gouvernement Guyomar dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat « *Jean-Paul X* », du 15 décembre 2006 : « *La qualité de magistrat honoraire comporte un double aspect. Il s'agit tout d'abord d'un titre honorifique et d'un titre d'habilitation. La qualité de magistrat honoraire vaut en effet habilitation à exercer certaines fonctions réservées précisément aux magistrats en activité ou*

⁸²⁶ « *Considérant que...le sieur Delnomdedieu n'étant pourvu d'aucun siège à l'époque envisagée ladite mesure (de prolongation d'une suspension sans traitement) ne portait pas atteinte au principe de l'inamovibilité* », Rec. p. 425.

honoraires »⁸²⁷. S'il n'exerce plus de fonctions propres aux magistrats en activité, le titulaire de l'honorariat, n'en conserve pas moins la qualité de magistrat et demeure attaché à la juridiction à laquelle il appartenait lorsqu'il était en exercice⁸²⁸. Il convient dès lors de vérifier tour à tour si un magistrat honoraire ayant exercé des fonctions du siège, est lui-même inamovible, et si cette inamovibilité constitue le prolongement de celle dont il bénéficiait lorsqu'il était en activité.

Sous la III^{ème} République, la question des garanties attachées au retrait de l'honorariat, semble avoir été abordée pour la première fois devant le Conseil d'Etat, à l'occasion de son arrêt du 3 juillet 1931, « *Le Scornet* »⁸²⁹. Un ancien magistrat s'étant vu retirer le bénéfice de cette qualité par décret, celui-ci avait contesté cette mesure devant la Haute juridiction administrative, comme contraire à l'inamovibilité. Cependant, la loi du 30 août 1883 était muette sur ces conditions de retrait. Dans ses conclusions, le Commissaire du gouvernement Etori devait souligner que, suivant une pratique établie, les magistrats du parquet ne recevaient pas l'honorariat de leur grade, mais celui du grade correspondant des magistrats du siège. En outre, les magistrats honoraires continuaient à bénéficier du privilège de juridiction en matière pénale⁸³⁰. Suivi par la Haute juridiction administrative, le Commissaire du gouvernement s'était néanmoins prononcé dans le sens de l'incompétence du Conseil supérieur de la magistrature, après avoir constaté que le retrait de l'honorariat ne figurait pas parmi les sanctions disciplinaires relevant de ce dernier, en vertu de la loi. Cet état du droit a cependant évolué avec le temps, et, en l'état de la législation, l'article 79 alinéa 3 de l'ordonnance organique dispose que : « *L'honorariat ne peut être retiré que dans les formes prévues au chapitre VII* ». En conséquence, un magistrat honoraire ayant exercé des fonctions du siège lorsqu'il était en activité, bénéficie désormais des garanties juridictionnelles attachées à l'inamovibilité, en cas de retrait de l'honorariat, lequel ne peut au demeurant être prononcé que : « *pour des motifs tirés du comportement du magistrat honoraire depuis son admission à la retraite ou pour des faits constitutifs d'une faute disciplinaire au sens de l'article 43,*

⁸²⁷ CE, arrêt du 15 décembre 2006, « *Jean-Paul X* », Petites affiches, 29 décembre 2006, n° 260, p. 12.

⁸²⁸ L'actuel article 78 du statut de la magistrature dispose que : « - *Les magistrats honoraires demeurent attachés en cette qualité à la juridiction à laquelle ils appartenaient. – Ils continuent à jouir des honneurs et privilèges attachés à leur état, et peuvent assister en costume d'audience aux cérémonies solennelles de leur juridiction. – Ils prennent rang à la suite des magistrats du même grade* ».

⁸²⁹ CE, arrêt du 3 juillet 1931, « *Le Scornet* », concl. Etori, DP 1931.3.48.

⁸³⁰ C.Cass., Crim. 11 octobre 1850, Bull. crim., n° 351 ; 13 mai 1886, DP 86.1.342 ; 7 juillet 1886, DP 86.1.297.

commis pendant la période d'activité du magistrat s'ils n'ont été connus du ministère de la justice qu'après l'admission à la retraite ».

Il est dès lors possible de s'interroger sur l'identité entre l'inamovibilité dont bénéficie le magistrat en activité, et celle dont semble également disposer le magistrat honoraire. Dans cette perspective, il convient d'examiner les conditions d'acquisition de l'honorariat, afin de savoir s'il existe ou non une continuité entre ces deux garanties. Avant l'intervention de la loi organique du 29 octobre 1980, l'octroi de l'honorariat revêtait pour « *l'autorité investie du pouvoir de nomination* », un caractère facultatif. Depuis cette date, il est accordé de plein droit, sous réserve du refus de « *l'autorité qui prononce la mise à la retraite* ». Or, comme l'a estimé le Conseil d'Etat dans son arrêt « *Jean-Paul X* », ce refus de l'honorariat ne constitue pas une sanction disciplinaire, de sorte qu'il n'est pas subordonné : « *à l'observation des règles de compétence et de procédure prévues par le chapitre VII de l'ordonnance du 22 décembre 1958* »⁸³¹. L'actuel article 77 du Statut organique se contente ainsi d'encadrer la compétence de l'autorité de nomination, en prévoyant l'exigence d'une « *décision motivée* », et en subordonnant l'intervention de cette dernière à un avis préalable « *de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard du magistrat* ». En outre, dans la mesure où le garde des Sceaux est compétent pour prononcer la mise à la retraite, le refus de l'honorariat peut intervenir avant la décision de radiation des cadres, prise par le chef de l'Etat. Dans ces conditions, l'inamovibilité dont bénéficie le magistrat du siège en activité, ne le protège pas dans la procédure d'accès à l'honorariat.

Il faut alors en déduire que l'inamovibilité dont bénéficie le magistrat du siège, est étroitement liée à l'exercice de la fonction juridictionnelle. A travers la protection du magistrat dans son emploi, c'est elle qui est protégée. C'est pourquoi, l'inamovibilité des fonctions comprend une garantie supplémentaire en faveur du magistrat du siège, d'ordre juridictionnel.

§ 2 . Une garantie juridictionnelle ou l'élément éludé

298. En donnant l'impression que la règle suivant laquelle : « *le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* », suffit à définir l'inamovibilité, le Statut organique des magistrats conduit à éluder le passé juridique de cette garantie. En effet, avant l'introduction du système de carrière, la problématique centrale de l'inamovibilité, tournait autour de la détermination de l'autorité compétente pour révoquer, suspendre ou déplacer

⁸³¹ CE, arrêt du 15 décembre 2006, « *Jean-Paul X* », *op. cit.*, p. 12.

d'office un magistrat du siège. C'est ici encore dans l'histoire de la magistrature assise, qu'il convient de trouver une réponse à cette interrogation. La règle qui s'est dégagée au cours des siècles précédents, est celle de la compétence d'un organe juridictionnel statuant en matière disciplinaire. Ce rôle est aujourd'hui assuré par le Conseil supérieur de la magistrature (A). Cette garantie découlant de l'inamovibilité, ne doit toutefois pas être confondue avec l'immunité juridictionnelle dont bénéficie également le magistrat du siège (B).

A. La compétence du Conseil supérieur de la magistrature en matière disciplinaire

299. Au terme de l'article 65 de la Constitution du 4 octobre 1958, l'organe chargé de connaître de la discipline des magistrats assis, n'est pas le Conseil supérieur de la magistrature considéré en tant qu'institution, mais sa « formation...compétente à l'égard des magistrats du siège ». Mais à la différence des textes simplement législatifs qui régissent par exemple la discipline des enseignants-chercheurs⁸³², cette disposition constitutionnelle demeure silencieuse concernant la nature de cet organe. Après une longue période d'incertitude, il est finalement revenu au Conseil d'Etat de consacrer le caractère juridictionnel de cette formation, sans qu'il ne l'associe explicitement à l'inamovibilité (1°). Pourtant, l'attractivité de la compétence de cette formation en matière disciplinaire, révèle implicitement ce lien (2°).

1°) Le Conseil supérieur de la magistrature, juridiction administrative

300. L'identification de la nature juridictionnelle de la formation du Conseil supérieur de la magistrature, chargée de statuer sur la discipline des magistrats du siège, s'est révélée incertaine sous la V^{ème} République. Les alternatives envisageables étaient celles d'une autorité administrative ou d'un organe *sui generis*. Toutefois, cette hésitation peut sembler paradoxale à un double égard. Sous l'angle historique, la compétence juridictionnelle pour connaître des manquements disciplinaires des magistrats du siège, a été consacrée de manière continue depuis l'ordonnance de 1467 jusqu'à la Constitution de l'an VIII. Sous l'angle psychologique, ensuite, l'intervention d'une juridiction pour prononcer des sanctions à l'encontre d'un magistrat, apparaît indissociable de l'indépendance nécessaire à celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions. En dépit de cette situation, le caractère juridictionnel de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à

⁸³² Articles L. 712-4 et L. 952-7 du code de l'éducation nationale.

l'égard des magistrats du siège, a fait l'objet d'une consécration tardive et *a minima* sous la V^{ème} République.

301. Critiquables pour ne pas avoir expressément prévu le terme « *inamovibilité* », les textes constitutionnels ou fondamentaux antérieurs à la Restauration, présentaient néanmoins l'avantage d'insister sur la nature juridictionnelle de l'organe chargé de connaître de la discipline des magistrats. Les textes postérieurs ont malheureusement versé dans l'excès inverse. Comme l'a souligné le professeur Renoux⁸³³, la Cour de cassation a timidement tenté de remédier à cette lacune volontaire, à l'occasion d'un arrêt du 19 mars 1829. Dans cette jurisprudence demeurée exceptionnelle, La haute juridiction a effectivement interprété l'article 58 de la Charte, comme faisant obstacle à ce que l'inamovibilité : « *dont sont investis dans l'intérêt public tous les juges institués par le Roi et qu'ils doivent conserver pour le maintien de leur indépendance (puisse être remise en cause autrement que) par un jugement solennel qui en prononcerait la privation et déclarerait (les juges poursuivis) coupables de forfaiture* ».

L'extrême réserve dont a pu faire preuve la Cour de cassation à travers le temps, peut néanmoins s'expliquer par la lettre de l'article 5 du code civil qui, toujours en vigueur à ce jour, interdit aux juges de rendre des arrêts de règlement⁸³⁴. En dépit de cette justification, une telle position n'en demeure pas moins gênante, dans la mesure où elle a pu conduire la Haute juridiction judiciaire à statuer en deçà des dispositions législatives restées en vigueur jusqu'à la fin de la III^{ème} République. Effectivement, en vertu de la loi du 20 avril 1810, les sanctions à l'encontre des magistrats du siège, étaient prononcées par les cours d'appel et la Cour de cassation. Cette dernière était de la même manière exclusivement compétente en matière disciplinaire, dans le cadre de la loi du 30 août 1883. Dans ces conditions, la nature juridictionnelle de l'organe disciplinaire entre 1810 et 1940, relevait presque de l'évidence pour la doctrine. Ainsi, après avoir rappelé que les fonctions disciplinaires étaient assurées par les chambres réunies de la Cour de cassation statuant en Conseil supérieur de la magistrature, sous la III^{ème} République, le Professeur Drago en tirait les conséquences que : « *Les sanctions étaient donc prises dans la forme judiciaire, (et) se présentaient comme de véritables arrêts* »⁸³⁵. Mais sous la IV^{ème} République, les textes et la doctrine sont eux-mêmes venus renforcer ce malaise. Les rédacteurs de la Constitution du 27 octobre 1946 se sont non seulement abstenus de donner une

⁸³³ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire...*, *op. cit.*, p. 114.

⁸³⁴ « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les cause qui leurs sont soumises* ».

⁸³⁵ R. Drago, *Le statut des magistrats...*, *op. cit.*, p. 3.

définition positive de l'inamovibilité, mais ont également décidé de confier la discipline des magistrats du siège à un Conseil supérieur de la magistrature *sui generis*, distinct de la Cour de cassation. Se prononçant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, une partie de la doctrine en a alors déduit que : « *les sanctions disciplinaires prises par le Conseil supérieur (sont) des décisions administratives analogues aux sanctions prises à l'encontre des autres fonctionnaires* »⁸³⁶.

302. Au cours de la première décennie de la V^{ème} République, la question de la nature de la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature, a évolué d'un refus initial de reconnaissance de son caractère juridictionnel par le Constituant, vers une consécration prétorienne de celui-ci par la juridiction administrative. Le débat s'est effectivement ouvert à l'occasion des travaux préparatoires à la Constitution du 4 octobre 1958. Lors de la séance du 5 août devant le Comité consultatif constitutionnel, certains membres avaient ainsi fait allusion à la nature nécessairement juridictionnelle de l'organe chargé de la discipline des magistrats du siège. Le Sénateur Pierre Marcihacy⁸³⁷ proposa en ce sens, de revenir au système de la III^{ème} République, en confiant cette compétence à la Cour de cassation. De la même façon, évoquant le problème de la composition du Conseil supérieur de la magistrature, René Chazelle devait désigner ce dernier comme : « *une juridiction en quelque sorte au second degré* »⁸³⁸. La question de la qualification de la formation disciplinaire du Conseil, fut néanmoins résolue à l'occasion des séances des 25 et 26 août 1958, devant le Conseil d'Etat. Lors de l'examen des dispositions relatives aux attributions du Conseil supérieur, le Conseiller d'Etat Jean Mamert avait proposé l'adoption d'un alinéa prévoyant que celui-ci : « *...statue comme juridiction de discipline des magistrats du siège* »⁸³⁹. Cependant, le Rapporteur général André Deschamps a fermement écarté cette rédaction en arguant du caractère non juridictionnel de cet organe. L'absence d'explication visant à justifier ce rejet, révèle toutefois le caractère hautement politique de ce choix⁸⁴⁰.

⁸³⁶ C'est le constat opéré par le Professeur Roland Drago, dans son interprétation de l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 mai 1956, « *Dompétrini* ». L'auteur cite dans le même sens, l'opinion exprimée par le Commissaire du gouvernement Odent, dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 mai 1949, « *Véron-Reville* », Gazette du Palais, 1949.2.34, in *Le statut des magistrats...*, *op. cit.*, p. 3.

⁸³⁷ DPS, Vol. II, 1988, p. 157.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 161.

⁸³⁹ DPS, Vol. III, 1991, p. 166.

⁸⁴⁰ Le dénouement de ce débat mérite d'être mentionné, tant son laconisme peut surprendre. André Deschamps : « *Ce n'est pas une juridiction* ». Jean Mamert : « *Non, ce n'est pas une juridiction* ».

Dans ce contexte, la doctrine des onze premières années suivant l'avènement de la V^{ème} République, est apparue divisée concernant la qualification à donner à la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature. Certains auteurs ont éludé la question. En ce sens, le Professeur Duverger refusait d'évoquer cette institution, dans son manuel d'*Institutions politiques et droit constitutionnel*⁸⁴¹. De même, le Professeur Prélot s'était contenté de tirer les conséquences de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, en désignant le Conseil supérieur sous l'appellation « *d'institution souveraine* »⁸⁴². D'autres auteurs ont en revanche présumé le caractère juridictionnel de cet organe. Les Professeurs Auby et Drago⁸⁴³, ainsi que le Doyen Vedel⁸⁴⁴, l'ont ainsi fait figurer dans leurs développements consacrés aux juridictions relevant en cassation du Conseil d'Etat, ou dans ceux relatifs à l'administration du service judiciaire. Enfin, une partie de la doctrine s'est clairement prononcée en faveur de la nature juridictionnelle de cette institution. Cette position a notamment été adoptée par les Professeurs Drago⁸⁴⁵ et Burdeau⁸⁴⁶.

Le Conseil d'Etat a finalement apporté une réponse aux incertitudes doctrinales, en se prononçant dans son arrêt d'Assemblée du 12 juillet 1969, « *L'Etang* », en faveur de la qualité de juridiction. Le considérant de principe apparaît à cet effet, sans ambiguïté : « *Il ressort des prescriptions constitutionnelles et législatives qui fixent la nature des pouvoirs attribués au Conseil supérieur de la magistrature à l'égard des magistrats du siège, comme d'ailleurs de celles qui déterminent sa composition et ses règles de procédure, que ce conseil a un caractère juridictionnel lorsqu'il statue comme conseil de discipline des magistrats du siège* ». La singularité de cette solution réside dans la nature des éléments d'identification pris en compte. La haute juridiction administrative s'est uniquement fondée sur les textes de droit positif régissant l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature, privilégiant en cela des données objectives. En revanche, il semble avoir éludé les travaux préparatoires à la Constitution, lesquels s'étaient montrés défavorables à une qualification juridictionnelle. Ce faisant, le Conseil d'Etat a tiré avantage de la distinction susceptible d'être opérée entre le

⁸⁴¹ M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, Thémis, Paris, 7^e éd., 1963, pp. 628.

⁸⁴² M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, Paris, 3^e éd., 1963, p. 816.

⁸⁴³ J.-M. Auby, R. Drago, *Traité de contentieux...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 1962, pp. 247 et 511.

⁸⁴⁴ G. Vedel, *Droit administratif*, PUF, Thémis, Paris, 4^e éd., 1968, p. 100.

⁸⁴⁵ R. Drago, *Le statut des magistrats...*, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁴⁶ G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, Paris, 10^e éd., 1963, p. 570.

« rédacteur » et l'« auteur » de la Constitution, et en vertu de laquelle seul le texte adopté par le second, revêt un effet juridique obligatoire.

303. L'apport de l'arrêt « *L'Etang* » demeure néanmoins insuffisant, au regard des textes antérieurs à la Restauration et de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, dans la mesure où il n'établit pas explicitement le lien existant entre l'inamovibilité et le caractère juridictionnel de la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature. Dans ces conditions, chacune de ces deux garanties d'indépendance se trouve diminuée dans sa portée. D'une part, aucune disposition de la Constitution du 4 octobre 1958 ou de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, ne qualifie cette instance disciplinaire de juridiction. Aussi, en faisant découler sa nature juridictionnelle de l'inamovibilité des magistrats du siège, le Conseil d'Etat aurait conféré une assise constitutionnelle à cette qualification. D'autre part, l'absence de définition de l'inamovibilité dans le droit en vigueur depuis deux siècles, a fait naître une certaine indifférence, vis-à-vis de la nature de l'organe en charge de la discipline des magistrats du siège. En ce sens, une partie minoritaire de la doctrine n'a pas hésité à dénoncer l'aspect abusif de « *l'association systématique entre l'inamovibilité et la discipline juridictionnalisée* »⁸⁴⁷.

Il est d'ailleurs possible de s'interroger sur le sens de deux arrêts récemment rendus par le Conseil d'Etat, dans lesquels celui-ci apporte des précisions sur les relations entre l'inamovibilité et la compétence disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature. Dans ces arrêts « *Bidalou* » et « *Jacques A.* » du 10 juillet 2006, il a effectivement estimé que : « *...le principe d'inamovibilité des magistrats du siège n'a pas un caractère absolu ; qu'il ne fait pas obstacle à ce que soit prise à l'encontre d'un magistrat du siège, dans le respect des garanties prévues par la Constitution et la loi organique, une sanction disciplinaire pouvant consister notamment en un déplacement d'office, une mise à la retraite d'office ou une mesure de révocation* ». Ce faisant, il a semblé écarter de la définition même de l'inamovibilité, la règle suivant laquelle la compétence disciplinaire conduisant à la révocation, au déplacement ou à la mise à la retraite d'offices d'un magistrat du siège, doit être exercée par un organe juridictionnel. Dans l'interprétation que le Conseil d'Etat fait de l'inamovibilité, l'intervention d'un tel organe n'apparaît donc plus comme une exigence de cette dernière, mais comme une exception à celle-ci.

2°) L'attractivité de la compétence du Conseil supérieur de la magistrature

304. Pourtant, le rapport entre l'inamovibilité et le Conseil supérieur de la magistrature, juridiction ou organe spécifique assurant une protection disciplinaire

⁸⁴⁷ S. Manson, *op. cit.*, p. 378.

exorbitante du droit commun de la fonction publique, ressort implicitement de l'attractivité de sa compétence disciplinaire. En effet, l'inamovibilité s'entend classiquement d'une garantie contre des mesures d'éviction prises de manière arbitraire. Elle ne recouvre pas en conséquence, des atteintes d'une moindre importance. Quant au Conseil supérieur de la magistrature, celui-ci connaît en principe, des seules infractions susceptibles de faire l'objet d'une sanction disciplinaire. Aussi, des manquements n'entrant pas dans cette catégorie, mais dont la gravité imposerait jusqu'à la révocation du magistrat concerné, pourraient être réprimés en application du droit commun. Dans ces acceptions traditionnelles, l'inamovibilité et la compétence disciplinaire du Conseil supérieur, se recoupent donc simplement, sans se superposer. Néanmoins, la volonté de prévenir les évictions arbitraires, semble avoir entraîné une adaptation du champ de compétence du Conseil supérieur, à celui des atteintes interdites par l'inamovibilité.

305. Les mesures d'éviction prohibées par l'inamovibilité, et les peines disciplinaires relevant de la compétence exclusive du Conseil supérieur de la magistrature, se recoupent en partie. Il s'agit classiquement de la révocation, de la suspension et du déplacement d'office. En conséquence, l'intervention du Conseil supérieur apparaît comme une sorte de référentiel pour le respect de l'inamovibilité. Dès lors qu'une des trois mesures précitées a été prononcée par la formation disciplinaire de celui-ci, le « *principe d'inamovibilité* » est présumé respecté. Dans le cas contraire, il est considéré comme ayant été violé. Mais au-delà de ces trois cas, le système disciplinaire applicable aux magistrats du siège couvre des mesures de moindre importance, dont la liste est établie par les articles 44 et 45 de l'ordonnance organique. Il s'agit de : l'avertissement ; la réprimande avec inscription au dossier ; le déplacement d'office ; le retrait de certaines fonctions ; l'abaissement d'échelon ; l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximum d'un an, avec privation totale ou partielle du traitement ; la rétrogradation ; la mise à la retraite d'office ou l'admission à cesser ses fonctions lorsque le magistrat n'a pas le droit à une pension de retraite ; et la révocation avec ou sans suspension des droits à pension.

Toutefois, force est de souligner que le législateur organique n'a pas entendu opérer de distinction dans le degré de la protection organique, suivant la gravité de la mesure disciplinaire prise à l'encontre d'un magistrat du siège. Il revient exclusivement à la formation compétente du Conseil supérieur, de prononcer aussi bien la révocation que la simple réprimande. Pourtant, cette situation ne découle pas du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Les autres bénéficiaires de ce principe, comme les magistrats du parquet, les auditeurs, ou encore les auxiliaires de justice, ne disposent effectivement pas d'une telle garantie, quelle que soit la gravité de la sanction dont ils font l'objet. Cet état du droit semble dès lors trouver sa source, dans l'inamovibilité reconnue aux magistrats du siège. L'effectivité de cette garantie

suppose en effet que l'organe disciplinaire compétent pour prononcer les sanctions les plus graves, puisse également déterminer les manquements susceptibles d'entraîner ces dernières. Pour ce faire, il doit avoir la maîtrise de l'ensemble de l'échelle des peines disciplinaires. Dans le cas contraire, l'autorité de nomination, également chargée de déférer les manquements des magistrats au Conseil, pourrait préférer prononcer des peines disciplinaires moins importantes, mais dont l'accumulation aboutirait à évincer arbitrairement les magistrats concernés.

Or, il apparaît que la seule exception à la compétence disciplinaire du Conseil, concerne aujourd'hui l'avertissement, prévu à l'article 44 du Statut organique. Celui-ci est susceptible d'être donné par l'inspecteur général des services judiciaires ou les premiers présidents de juridiction, aux magistrats du siège placés sous leur autorité. Cette exclusion suppose néanmoins d'être relativisée, sachant que cette mesure est « *effacée automatiquement du dossier* » au terme d'un certain délai, et ne revêt pas, en conséquence, le caractère d'une sanction disciplinaire. En revanche, il est extrêmement instructif d'examiner de plus près, l'échelle des sanctions disciplinaires fixée à l'article 45 de l'ordonnance organique. Sur une liste de sept mesures établies dans l'ordre croissant, le déplacement d'office figure en seconde position. Or, celui-ci est classiquement rangé parmi les mesures « *graves* » couvertes par l'inamovibilité. Il faut dès lors en déduire que cette dernière garantie a vocation à protéger le magistrat contre chacune des autres mesures situées au-dessus du déplacement d'office dans l'échelle des peines. Et il faut alors bien admettre que le Conseil supérieur participe pleinement du respect de cette garantie, dans l'exercice de ses fonctions disciplinaires.

306. Au-delà, il convient de relever un élargissement de la notion de sanction disciplinaire, vis-à-vis des magistrats du siège. Ainsi, les règles du droit commun relatives à l'abandon de poste, ne semblent pas leur être applicables. Cette infraction est en effet définie à l'article 69 de la loi du 11 janvier 1984⁸⁴⁸, comme le fait pour un agent, sans raison valable, de cesser d'assurer son service ou de ne pas rejoindre le poste qu'il doit occuper. Selon une jurisprudence constante, le Conseil d'Etat considère qu'en abandonnant son poste : « *un fonctionnaire rompt de sa propre initiative le lien qui l'unit à l'administration et se place en dehors du champ d'application des lois et règlements édictés en vue de garantir l'exercice des droits inhérents à son emploi* »⁸⁴⁹. Dans ces conditions, ainsi que l'a souligné la haute

⁸⁴⁸ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

⁸⁴⁹ Pour illustrations : CE, arrêt du 21 avril 1950, « *Gicquel* », Rec. p. 225 ; arrêt du 26 juin 1989, « *Mme Chardon* », Req. n° 944393 ; arrêt du 13 décembre 2002, « *Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ M. Linden* », Req. n° 223151.

juridiction administrative dans un arrêt « *Dame Patat* » du 12 novembre 1975⁸⁵⁰, la décision de radiation des cadres pour abandon de poste ne présente pas le caractère d'une sanction disciplinaire, ce qui l'exonère du respect des règles de procédure et de compétence prévues en la matière.

Concernant les magistrats du siège, une illustration jurisprudentielle offerte par un arrêt « *Barrière de La Benne* » du 16 décembre 1935⁸⁵¹, et mettant aux prises l'inamovibilité et l'abandon de poste, mérite d'être citée. En l'espèce, le gouverneur de l'île de Bourbon avait ordonné à un conseiller de la cour royale de ce territoire, de rejoindre Paris afin de justifier de sa conduite auprès du ministre de la marine et des colonies, au sujet de mémoires prétendus calomnieux. Après s'être expliqué, le magistrat fut cependant dans l'impossibilité de reprendre ses fonctions, en raison d'infirmités graves. Il ne put quitter la métropole à la date fixée, en dépit du congé qui lui fut accordé, et fut dès lors remplacé dans ses fonctions. Dans sa requête portée devant le Conseil d'Etat, le juge estimait que cette mesure avait été prise en violation de l'inamovibilité. Sans se prononcer sur l'applicabilité de cette dernière garantie, la haute juridiction a toutefois admis la légalité de la décision. Effectivement, l'ordonnance royale du 30 septembre 1827 prévoyait que l'absence sans congé hors colonie, emportait démission du magistrat intéressé. En conséquence, la décision procédant au remplacement du juge dans ses fonctions à la cour royale de Bourbon, se justifiait en raison de la vacance légale de celles-ci. Cet arrêt présente un double intérêt. D'une part, si l'ordonnance du 15 novembre 1816 avait effectivement accordé l'inamovibilité aux magistrats du siège en poste sur l'île, force est de constater que cette garantie leur avait été retirée par l'ordonnance du 30 septembre 1827. Ce dernier texte est donc venu substituer à l'inamovibilité, une hypothèse de démission d'office pour abandon de poste. D'autre part, il convient de relever que ce manquement a été expressément prévu.

En droit positif, les textes régissant le statut des magistrats n'envisagent pas explicitement l'hypothèse de l'abandon de poste. Plus encore, à défaut de prévoir des modalités dérogatoires de sanction d'une telle infraction, les garanties disciplinaires prévues par l'ordonnance organique du 22 décembre 1958 semblent alors devoir s'appliquer. Les avis rendus par la commission de discipline du parquet, s'inscrivent d'ailleurs dans ce sens⁸⁵².

⁸⁵⁰ CE, arrêt du 12 novembre 1975, « *Dame Patat* », *Actualité juridique*, 1976, p. 319.

⁸⁵¹ CE, arrêt du 16 décembre 1835, « *Barrière de la Benne* », *Rec. pp.* 679-682.

⁸⁵² Avis du 28 octobre 1968, confirmé par décision du garde des Sceaux du 28 janvier 1969 ; avis du 23 décembre 1974, confirmé par décision du garde des Sceaux, *Recueil des décisions disciplinaires du Conseil supérieur de la magistrature*.

307. Beaucoup plus significative de l'extension de la notion de sanction disciplinaire, est la question du droit de grève. Le principe applicable aux magistrats du siège, est celui de l'interdiction. Au terme de l'article 10 alinéa 3 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, les magistrats sont tenus de s'abstenir de : « *toute action concertée de nature à arrêter ou entraver le fonctionnement des juridictions* ». Cet état du droit rejoint les solutions jurisprudentielles adoptées vis-à-vis de la fonction publique générale, avant l'entrée en vigueur de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Effectivement, dans ses arrêt « *Winkel et Rosier* » du 7 août 1909, et « *Dlle Mimaire et autres* » du 22 octobre 1937, le Conseil d'Etat avait défini la grève comme un « *acte illicite* » par lequel un agent public s'excluait lui-même du service, et se plaçait en conséquence « *en dehors de l'application des lois et règlements édictés afin de garantir les droits qui leurs appartiennent à l'égard de la puissance publique* ». Plus précisément, en portant atteinte à la « *continuité (des services publics) essentielle à la vie nationale* », l'agent rompait le lien l'unissant à l'administration, et pouvait dès lors se voir opposer le droit de l'administration de prononcer sa révocation en dehors des garanties disciplinaires. A cet égard, les principaux représentants de la doctrine administrative se sont distingués par la violence de leurs propos contre l'exercice du droit de grève. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt « *Winkel et Rosier* », le Commissaire du gouvernement Tardieu avait qualifié ce procédé de « *moyen révolutionnaire* ». Le Doyen Duguit évoquait un « *crime* », et le Doyen Hauriou le comparait au « *droit de guerre privée* », conduisant à ce que : « *une partie de la nation se dresse contre l'autre et ne reconnaît plus ni ses lois ni sa justice* »⁸⁵³.

A l'instar des magistrats, l'interdiction du droit de grève a été maintenue pour plusieurs autres catégories d'agents publics, dont l'activité de service public est consubstantielle à la continuité de l'Etat. Il en va ainsi des personnels des compagnies républicaines de sécurité en vertu de la loi du 27 décembre 1947⁸⁵⁴, des personnels de police en application de la loi du 28 septembre 1948⁸⁵⁵, des personnels des services extérieurs de l'administration pénitentiaire selon l'ordonnance du 6 août 1958⁸⁵⁶, des personnels du service des transmissions du ministère de l'intérieur suivant la loi du 31 juillet 1968⁸⁵⁷, ou encore des militaires d'après l'article L. 4121-

⁸⁵³ Concl. Tardieu et note M. Hauriou, S. 1909.3.145.

⁸⁵⁴ Loi n° 47-2384 du 27 décembre 1947 portant réorganisation des compagnies républicaines de sécurité.

⁸⁵⁵ Loi n° 48-1504 du 28 septembre 1948 relative au statut spécial des personnels de police.

⁸⁵⁶ Ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 relative au statut spécial des personnels des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire.

⁸⁵⁷ Loi n° 68-695 du 31 juillet 1968 de finances rectificative pour 1968.

4 du code de la défense⁸⁵⁸. Le non respect de cette interdiction est en principe, lourdement sanctionné par les textes. La loi de 1947 dispose en ce sens que : « *Toute cessation, concertée ou non, du service est assimilée à un abandon de poste et punie comme telle* ». Plus explicites, la loi de 1948 et l'ordonnance de 1958 prévoient que toute grève : « *pourra être sanctionnée en dehors des garanties disciplinaires* ». Le code de la défense n'envisage quant à lui, pas directement les sanctions applicables en cas de grève. Toutefois, une telle cessation du service semble pouvoir être requalifiée d'abandon de poste, d'insoumission, voire même de désertion au sens du code de la défense. Elle peut en conséquence entraîner une répression pénale, en vertu du code de justice militaire.

De manière paradoxale, l'interdiction qui est faite aux magistrats, n'est quant à elle assortie d'aucun régime de sanction de nature pénaliser ces derniers par rapport au droit commun de la fonction publique. Bien au contraire, l'absence de disposition expresse comparable à celles qui régissent la situation des catégories d'agents précités, laisse à penser que les règles disciplinaires prévues par l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, continuent à s'appliquer. Cette hypothèse est renforcée par le contenu d'un courrier du 18 mars 2008, adressé par le cabinet du garde des Sceaux au Syndicat de la magistrature. Ce dernier ayant appelé les magistrats de l'ordre judiciaire à une journée de grève le 20 mars 2008, le ministère de la justice, après avoir rappelé la lettre de l'article 10 alinéa 3 de l'ordonnance organique, avait pris soin de préciser que la grève constituait un manquement disciplinaire au sens de l'article 43 de ce même texte. Dans ces conditions, nonobstant l'infraction commise, le magistrat du siège ne se trouve pas privé des garanties disciplinaires exorbitantes, inhérentes à sa fonction.

308. Ainsi, l'inamovibilité des magistrats du siège et la compétence disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature à l'égard de ceux-ci, apparaissent étroitement liées. De manière indirecte, il existe donc bien un rapport entre l'inamovibilité et la nature juridictionnelle de la formation du Conseil chargée de la discipline des magistrats du siège.

B . La compétence des juridictions judiciaires pour les activités juridictionnelles

309. Cependant, ce serait une erreur de réduire la protection juridictionnelle dont bénéficient les magistrats du siège, à la seule inamovibilité. Le Conseil supérieur de la magistrature et le Conseil d'Etat en cassation, ne sont pas les seules

⁸⁵⁸ Cette disposition reprend la formule initialement inscrite dans la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires.

juridictions à intervenir en matière disciplinaire. Il convient effectivement de prendre en compte, au côté de la garantie assurée par l'inamovibilité, celle découlant de l'immunité des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Dans ce cadre, l'inamovibilité et l'immunité juridictionnelle revêtent un caractère complémentaire (1^o), mais la seconde tend inévitablement à restreindre le champ de la première (2^o).

1^o) La complémentarité de l'immunité judiciaire et de l'inamovibilité des magistrats

310. A l'occasion d'un article publié dans *Le Pouvoir judiciaire* en 1953, et intitulé : « *Inamovibilité des magistrats et immunité judiciaire* »⁸⁵⁹, le Professeur Liet-Veaux s'était interrogé sur l'opportunité d'une réforme consistant : « *pour une véritable réhabilitation de la justice...à doubler l'inamovibilité traditionnelle des personnes par l'immunité naissante de la fonction* ». L'auteur devait en tirer une conclusion partielle, en soulignant que : « *l'inamovibilité n'a plus qu'un sens restreint, tandis que l'immunité judiciaire est appelée à une opportune fortune...* ». Un demi-siècle s'est écoulé depuis ces prévisions, sans que l'immunité n'ait supplanté l'inamovibilité des magistrats du siège. Bien au contraire, ces deux garanties se complètent, aussi bien dans le domaine de la responsabilité, que pour prévenir les ingérences non juridictionnelles dans l'exercice de la fonction judiciaire.

311. L'immunité dont bénéficient les magistrats du siège dans l'exercice de leurs fonctions, emporte pour première conséquence, la non intégration des décisions juridictionnelles qu'ils rendent dans le champ de la responsabilité disciplinaire. En effet, la Cour de cassation, statuant en tant que juridiction suprême de l'ordre judiciaire, a fait découler du principe constitutionnel d'indépendance des magistrats du siège, issu de l'article 64 alinéa 1^{er} de la Constitution, celui suivant lequel de telles « *décisions ne peuvent être critiquées, tant dans leurs motifs que dans leur dispositif, que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi* »⁸⁶⁰. Les juridictions disciplinaires compétentes à l'égard des magistrats du siège, à savoir le Conseil supérieur de la magistrature et le Conseil d'Etat⁸⁶¹, ont dégagé une solution similaire. Selon une formule consacrée, le Conseil supérieur considère que : « *réuni comme conseil de discipline des magistrats du siège, (il) ne peut porter une quelconque appréciation sur les actes juridictionnels des juges, lesquels relèvent du*

⁸⁵⁹ G. Liet-Veaux, *Inamovibilité des magistrats et immunité judiciaire*, *Le Pouvoir judiciaire*, n° 77, 1953, p. 3.

⁸⁶⁰ C.Cass. Crim., arrêts des 9 décembre 1981 et 9 mars 1983.

⁸⁶¹ CE, arrêt du 5 mai 1982, « *Bidalou* », *Dalloz Sirey*, 1984, pp. 103-104.

seul pouvoir de ceux-ci et ne sauraient être critiqués que par l'exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige »⁸⁶². Un magistrat ne peut donc en principe être jugé disciplinairement, à raison de ses décisions juridictionnelles.

L'immunité judiciaire n'est cependant pas absolue, en ce sens que la responsabilité du magistrat du siège est susceptible d'être engagée à un double niveau. D'une part, les décisions juridictionnelles sont susceptibles d'être remises en cause dans le cadre des voies de recours prévues par les textes, à savoir essentiellement l'appel et la cassation. Ces dernières peuvent être conçues historiquement, comme des moyens symboliques de mise en jeu de la responsabilité de magistrats, suspectés d'avoir commis une erreur dans l'appréciation des faits, ou dans l'application d'une règle de droit. Les cours d'appel et la Cour de cassation apparaissent donc, d'une certaine façon, comme les « juges des jugements » et arrêts, voire indirectement, comme les « juges des juges » des juridictions inférieures. D'autre part, certains actes sont susceptibles de perdre leur qualité de décision juridictionnelle, en raison de leur contenu, cessant dès lors de constituer un obstacle à l'exercice de poursuites disciplinaires. C'est ainsi que dans sa décision du 14 décembre 1994, le Conseil supérieur de la magistrature a admis que le principe d'immunité : *« trouve sa limite lorsqu'il résulte de l'autorité même de la chose jugée qu'un juge a, de façon grossière et systématique, outrepassé sa compétence ou méconnu le cadre de sa saisine, de sorte qu'il n'a accompli, malgré les apparences, qu'un acte étranger à toute activité juridictionnelle »*.

312. En dépit de cette ligne de partage entre les domaines de l'immunité judiciaire et de la discipline juridictionnalisée, un doute a cependant subsisté jusqu'en 2007, concernant les actes étrangers à l'activité juridictionnelle, susceptibles d'ouvrir droit à une action disciplinaire. Dans son arrêt « *Bidalou* » du 5 mai 1982, le Conseil d'Etat avait approuvé la sanction prononcée par le Conseil supérieur à l'encontre d'un magistrat du siège, en raison de manquements graves et réitérés à ses devoirs, dès lors que : *« les faits (avaient été) établis dans des décisions rendues sur des recours dirigés contre les décisions litigieuses...et devenues définitives »*⁸⁶³. Or, le sens à donner à cette jurisprudence a fait l'objet d'un débat entre les deux assemblées parlementaires, à l'occasion des travaux préparatoires à la loi organique du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats. Etait alors en cause un amendement du Gouvernement

⁸⁶² CSM, décisions des 27 juin 1991, 20 juillet et 14 décembre 1994, et 6 novembre 1996, citées in « *Décision n° 2007-551 DC – 1^{er} mars 2007, Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats* », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 22.

⁸⁶³ CE, arrêt du 5 mai 1982, « *Bidalou* », Dalloz Sirey, 1984, p. 104.

destiné à étendre le champ de la responsabilité disciplinaire des juges. Selon la conception adoptée par l'Assemblée nationale, l'action disciplinaire était possible à compter de l'extinction des voies de recours devant la juridiction judiciaire⁸⁶⁴. En revanche, le Sénat estimait que de telles poursuites se trouvaient subordonnées à l'établissement des manquements reprochés au magistrat intéressé, par une décision de justice devenue définitive⁸⁶⁵. Cependant, la conception défendue par la chambre haute a été critiquée, dans la mesure où elle revenait à affirmer d'une certaine manière, le principe de l'infailibilité de l'autorité de la chose jugée, alors même que les cours d'appel et la Cour de cassation ne sont pas nécessairement en mesure de détecter les manquements commis par les magistrats des juridictions inférieures. En conséquence, la formule retenue par le Parlement, après réunion de la commission mixte paritaire, devait être finalement favorable à la position défendue par la chambre basse⁸⁶⁶.

Dans sa décision du 1^{er} mars 2007⁸⁶⁷, le Conseil constitutionnel n'a cependant pas adhéré à cette conception. Il a interprété le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire prévu à l'article 64 de la Constitution, et celui de la séparation des pouvoirs proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789, comme faisant : « *obstacle à l'engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive* ». En s'inscrivant dans le prolongement de la jurisprudence administrative et de la position du Sénat, le Conseil constitutionnel a ainsi reconnu la concurrence et la complémentarité de deux compétences juridictionnelles. Les juridictions judiciaires d'appel et de cassation sont compétentes dans la sphère de l'immunité judiciaire, tandis que le Conseil supérieur de la magistrature et le Conseil d'Etat sont compétents dans le cadre de l'inamovibilité des magistrats du siège. La frontière entre les deux domaines n'est pas hermétique, les juridictions judiciaires disposant toutefois d'un monopole pour constater les faits de nature à entraîner des poursuites

⁸⁶⁴ Petite loi adoptée par l'Assemblée nationale : « *Constitue notamment un manquement aux devoirs de son état la violation grave et intentionnelle par un magistrat d'une ou plusieurs règles de procédure constituant des garanties essentielles des droits des parties, commise dans le cadre d'une instance close par une décision de justice devenue définitive* ».

⁸⁶⁵ Petite loi adoptée par le Sénat : « *constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une ou plusieurs règles de procédure constituant des garanties essentielles des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive* ».

⁸⁶⁶ Texte de loi dont a été saisi le Conseil constitutionnel : « *Constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, commise dans le cadre d'une instance close par une décision de justice devenue définitive* ».

⁸⁶⁷ CC, décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, « *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la discipline des magistrats* », cons. 6 à 8.

disciplinaires, et les juridictions administratives d'un monopole pour apprécier ces faits et prononcer la sanction disciplinaire appropriée.

313. L'immunité judiciaire emporte pour seconde conséquence, la non immixtion des autorités extérieures dans l'exercice des fonctions juridictionnelles. Ce pan de l'immunité semble sans lien avec l'inamovibilité, mais en apparence seulement. Ce principe a été initialement dégagé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à l'occasion de sa décision du 22 juillet 1980, « *Validation d'actes administratifs* »⁸⁶⁸. Au terme de celle-ci, le Conseil a effectivement estimé : « *qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire...que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement* ». Cette solution a été complétée lors d'une décision ultérieure du 11 janvier 1990, le principe de non ingérence ayant été étendu aux autorités administratives⁸⁶⁹. Le Conseil constitutionnel en a logiquement déduit que le Pouvoir politique et les autorités administratives ne pouvaient censurer les décisions rendues par les juridictions judiciaires, adresser des injonctions à ces dernières, ou se substituer à celles-ci dans le jugement des litiges relevant de leur compétence. Ainsi interprétée, l'immunité judiciaire est susceptible de renforcer indirectement les garanties attachées à l'inamovibilité des magistrats du siège.

La décision précitée du Conseil constitutionnel, en date du 1^{er} mars 2007, constitue une illustration de cette influence. En l'espèce, était en cause l'article 21 de la loi organique relative au recrutement, à la formation et à la discipline des magistrats, instituant une procédure d'examen des réclamations des justiciables, relatives au comportement de ces derniers. Cette disposition avait pour objet d'autoriser la saisine du Médiateur de la République, par toute personne physique ou morale présumant la commission d'une faute disciplinaire d'un magistrat, à l'occasion d'une affaire le concernant. A cette fin, le Médiateur était habilité à « *solliciter tous éléments d'information utiles* » auprès des présidents des juridictions d'appel, et des représentants du parquet près ces juridictions. A l'aide des données récoltées, et sans pouvoir porter d'appréciation sur les actes juridictionnels, le Médiateur était compétent pour apprécier le caractère disciplinaire du comportement incriminé. Dans l'affirmative, il était tenu de transmettre la réclamation au garde des Sceaux, « *aux fins de saisine du Conseil supérieur de la magistrature* ». Le ministre de la justice devait alors diligenter une enquête et, à défaut d'engager des poursuites

⁸⁶⁸ CC, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, « *Validation d'actes administratifs* ».

⁸⁶⁹ « *...non plus qu'aucune autorité administrative* ». Conseil constitutionnel, décision n° 90-271 du 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

contre le magistrat intéressé, informer le Médiateur de son refus de saisir le Conseil supérieur, au moyen d'une décision motivée. Afin d'assurer la publicité de la procédure, notamment à la suite d'un refus du garde des Sceaux, le Médiateur pouvait établir « *un rapport spécial...publié au journal officiel* ». Le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition au regard des principes d'indépendance de l'autorité judiciaire et de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où l'intervention du Médiateur de la République, était constitutive d'un empiétement de l'administration sur une activité juridictionnelle. La raison de l'inconstitutionnalité de cette disposition, réside bien dans l'immunité judiciaire. Cependant, elle a eu pour conséquence d'empêcher l'encadrement de la compétence du Conseil supérieur de la magistrature, juridiction administrative, par une autorité administrative bénéficiant d'une légitimité concurrente. En effet, le Médiateur de la République est une autorité administrative indépendante qui, dans l'hypothèse d'une entrée en vigueur de cette disposition, aurait été directement saisi par les justiciables. En statuant ainsi, le Conseil constitutionnel a préservé l'inamovibilité par le truchement de l'immunité.

Une autre illustration, encore plus indirecte, des effets de l'immunité judiciaire sur l'inamovibilité des magistrats du siège, ressort indirectement de la décision précitée, « *Validation d'actes administratifs* ». A cette occasion, le Conseil constitutionnel a estimé que le principe de non immixtion du pouvoir politique dans les fonctions juridictionnelles, bénéficiait également aux juridictions administratives. A défaut de pouvoir fonder ce principe sur une disposition équivalente à l'article 64 de la Constitution, le Conseil s'est référé « *aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » consacrés « *depuis la loi du 24 mai 1872* ». Or, en dégageant un tel principe, le Conseil constitutionnel fait obstacle à ce que le Pouvoir politique et l'administration puissent influencer sur le sens des jugements et arrêts rendus par les juridictions administratives, ou les remettre en cause. Sachant que le Conseil supérieur de la magistrature et le Conseil d'Etat participent par leur fonction juridictionnelle à l'effectivité de l'inamovibilité, l'immunité apparaît ici encore comme une garantie de cette dernière.

2°) L'autonomie de l'immunité judiciaire par rapport à l'inamovibilité des magistrats

314. Si l'immunité judiciaire et l'inamovibilité des magistrats du siège revêtent un caractère complémentaire, favorable à l'effectivité de cette seconde garantie, les propos du Professeur Liet-Veaux se sont révélés, dans une certaine mesure, prémonitoires. En effet, l'essor de l'immunité judiciaire s'est traduit par une restriction du champ de la garantie juridictionnelle, assurée par l'inamovibilité. Alors que la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980 avait permis la reconnaissance constitutionnelle de l'immunité, celle du 1^{er} mars 2007 a franchi une

étape supplémentaire en donnant à la distinction entre cette dernière et l'inamovibilité, dans la sphère disciplinaire, une assise constitutionnelle. En vérité, la dissociation entre ces deux garanties d'indépendance a été pleinement rendue possible, dans ce domaine, par la création d'un Conseil supérieur de la magistrature *sui generis*, et sa qualification ultérieure en juridiction administrative. Effectivement, le champ de la compétence du Conseil supérieur et du Conseil d'Etat, se trouve substantiellement limité par le principe de non immixtion des juridictions administratives dans le fonctionnement du service public judiciaire.

315. Avant que les rédacteurs de la Constitution du 27 octobre 1946 ne décident de confier les fonctions de Conseil supérieur de la magistrature à un organe *sui generis*, la formation disciplinaire compétente à l'égard des magistrats du siège, a pu adopter une conception extrêmement extensive de son office. L'arrêt rendu le 30 avril 1908 par les chambres réunies de la Cour de cassation, siégeant en qualité de Conseil supérieur de la magistrature, illustre cette audace. En l'espèce, la haute juridiction judiciaire avaient été amenée à connaître d'un jugement, dont la motivation dénonçait : « *la volonté du législateur qui, selon toutes vraisemblances, n'avait pas prévu les conséquences monstrueuses d'une loi inspirée par des passions éphémères* ». Etant donné que cette décision avait été prononcée par une formation collégiale, la question de droit posée, concernait la recherche du juge fautif nonobstant le secret des délibérations. Dans ses conclusions, le Procureur général Baudouin devait clairement relier cette question à l'inamovibilité des magistrats du siège, en interprétant l'équivalent actuel de l'immunité judiciaire, comme une composante de celle-ci.

Comme devait de prime abord le souligner le Procureur général Baudouin, le secret des délibérations : « *est imposé aux magistrats comme une règle sacrée par la loi même de leur institution et par le serment qu'ils prêtent lors de leur entrée en fonctions. C'est un des principes essentiels de notre droit public français* ». Néanmoins, il estimait inadmissible que le respect de ce principe conduise à laisser sans sanction, de « *graves excès de pouvoir, parfois même des délits ou des crimes* ». Plus précisément, il rappelait l'interdiction faite à l'autorité judiciaire, d'empiéter sur les fonctions dévolues au Pouvoir législatif et à l'autorité administrative, ainsi que la lettre de l'article 14 de la loi du 30 août 1883, suivant laquelle : « *Toute délibération politique est interdite aux corps judiciaires* ». Aussi, afin de passer outre le secret du délibéré, le Procureur Baudouin suggéra de lui opposer : « *ce droit concurrent non moins sacré, que nos lois modernes reconnaissent et défendent avec un soin jaloux contre toute atteinte, le droit de la défense* ». En effet, selon lui, la seule alternative à l'engagement de la responsabilité collective des magistrats ayant participé au jugement, résidait dans le droit pour les juges minoritaires de se disculper. A l'appui, le Procureur citait un arrêt du parlement de Toulouse du 11 mai 1540, ainsi que les

exceptions au secret professionnel reconnues dans le domaine médical. La Cour de cassation s'est finalement inscrite dans le sillon des conclusions de son rapporteur, en se reconnaissant compétente pour rechercher les magistrats devant être regardés comme responsables de l'insertion des passages litigieux, et en sanctionnant en l'espèce le président de la formation de jugement.

316. L'irrévérence dont a fait preuve le Conseil supérieur de la magistrature dans cet arrêt, au regard du secret du délibéré, se justifie pour plusieurs raisons. Dans la mesure où celui-ci était alors constitué par la formation la plus solennelle de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire, il disposait d'une légitimité indiscutable pour contrôler les manquements des juridictions inférieures. Ensuite, la préservation de l'indépendance de l'autorité judiciaire, impliquait, pour cette « *antithèse* » des parlements d'Ancien Régime, de prévenir ou réprimer tout empiètement des juridictions inférieures sur les attributions du Pouvoir politique. Enfin, en l'absence de distinction entre l'immunité judiciaire et l'inamovibilité des magistrats du siège, aucun des deux principes n'était remis en cause. Au contraire, le droit pour les magistrats intéressés d'être jugés par une juridiction, demeurerait respecté. Avec le changement de compétence qui s'est opéré au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, cette jurisprudence n'a pas été maintenue. Amené à connaître de sanctions prises à l'encontre de magistrats dans le contexte de l'épuration, le Conseil d'Etat s'est effectivement inscrit en faux avec celle-ci⁸⁷⁰. La Haute juridiction administrative s'est en effet appuyée sur le secret des délibérations, pour annuler des mesures prenant en considération la manière de juger des magistrats sanctionnés⁸⁷¹.

317. Au-delà, en raison de la conjonction des jurisprudences constitutionnelle et administrative, le champ des actes juridictionnels susceptibles de donner lieu à une sanction disciplinaire, se trouve étroitement circonscrit. Il est d'une part fonction de la nature de ces actes. Seuls sont concernés, ceux par lesquels : « *un juge a, de façon grossière et systématique, outrepassé sa compétence ou méconnu le cadre de sa saisine, de sorte qu'il n'a accompli, malgré les apparences, qu'un acte étranger à toute activité juridictionnelle* »⁸⁷². Il est d'autre part subordonné aux modalités de constatation de ces abus. Selon une position désormais consacrée au niveau constitutionnel, les faits reprochés doivent avoir été établis dans des décisions juridictionnelles devenues définitives. Dès lors, la responsabilité disciplinaire d'un magistrat ne peut être engagée pour des faits qui n'auraient pas été constatés par une

⁸⁷⁰ Contre l'avis de certains représentants de la doctrine. Ainsi, G. Lavau, « *De quelques principes en matière d'épuration administrative* », La semaine juridique, t. 1, 1947, n° 584.

⁸⁷¹ CE, arrêt du 20 juin 1947, « *Coulon* », Rec. p. 275 ; arrêt du 11 juin 1948, « *Poulhiès* », Rec. p. 265.

⁸⁷² CSM, décision du 8 février 1981, *op. cit.*

décision de justice. Une solution identique s'impose pour les décisions n'ayant fait l'objet d'aucun recours devant une juridiction supérieure. Comme l'avait souligné le Commissaire du gouvernement Bernard Stirn, dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat « *Bidalou* », du 5 mai 1982⁸⁷³, les magistrats du siège de la Cour de cassation sont insusceptibles d'être sanctionnés sur cette base. Plus largement, il devrait en aller de même pour les magistrats ayant siégé au sein d'une juridiction autre que la Cour de cassation, mais dont le jugement aurait été rendu en dernier ressort, ou dont la décision n'aurait pas fait l'objet d'un recours en appel ou d'un pourvoi en cassation dans les délais légaux.

Enfin, le champ des actes juridictionnels pouvant faire l'objet de poursuites disciplinaires, se trouve limité par le secret des délibérations. A l'occasion de ses conclusions précitées, le Commissaire du gouvernement Stirn avait pourtant formulé des propositions en vue de permettre l'engagement de la responsabilité d'un magistrat. Une première consistait en la consécration d'un : « *principe d'une responsabilité collective des magistrats ayant participé au jugement* ». Cependant, la Haute juridiction administrative avait déjà écarté cette solution, dans un arrêt antérieur du 26 janvier 1951, « *Galy et Tibayrenc* »⁸⁷⁴. La seconde proposition impliquerait d'écarter le secret des délibérés, « *en invitant chacun des magistrats à...faire connaître (à l'autorité disciplinaire) s'il faisait partie de la minorité ou de la majorité* ». Or, comme cela a déjà été souligné, le Conseil d'Etat se refuse à statuer en ce sens. Dans ce contexte, seuls les magistrats statuant en qualité de juge unique, encourent une responsabilité disciplinaire à raison du contenu d'une décision juridictionnelle. Au final, les magistrats du siège ayant participé à une formation collégiale, se trouvent donc largement préservés contre un engagement de leur responsabilité à raison des décisions qu'ils rendent.

SECTION 2 . La partie variable ou les inamovibilités de résidence

318. « *A cette inamovibilité (des fonctions) vient, comme nouvelle garantie distincte, se joindre l'inamovibilité quant à la résidence* »⁸⁷⁵. Ainsi, à en croire ce qu'écrivait Raoul de La Grasserie en 1914, la règle consacrée à l'article 4 alinéa 2 de

⁸⁷³ CE, arrêt du 5 mai 1982, « *Bidalou* », concl. Bernard Stirn, Dalloz Sirey, 1984, p. 106.

⁸⁷⁴ CE, arrêt du 26 janvier 1951, « *Galy et Tibayrenc* », Rec. p. 46 ; concl. Odent, S. 1951.3.52.

⁸⁷⁵ R. Guérin de La Grasserie, *De la justice en France...*, t. 1, *op. cit.*, p. 169.

l'ordonnance du 22 décembre 1958 serait seulement apparue dans les années précédant le déclenchement de la Première Guerre mondiale. Pourtant, l'inamovibilité des magistrats se trouvait à cette époque, régie par la loi du 30 août 1883, à propos de laquelle le rapporteur du projet avait déclaré trente ans plus tôt : « *Il y a une inamovibilité que nous supprimons, c'est celle de la résidence* »⁸⁷⁶. Au-delà, tandis que Raoul de La Grasserie voyait dans cette règle une « *garantie distincte* » de l'inamovibilité des fonctions, René Warlomont qualifiait quarante ans plus tard l'addition des deux inamovibilités, d'« *inamovibilité complète* »⁸⁷⁷. Plus encore, alors que Monique Pauti évoquait en 1979, une « *incompatibilité fondamentale entre le principe de l'inamovibilité et celui d'une mobilité imposée ou sanctionnée* »⁸⁷⁸, le Professeur Renoux soulignait au début des années 1980, que « *l'inamovibilité n'est pas l'immobilité* »⁸⁷⁹.

Variable, la reconnaissance de l'inamovibilité de résidence l'est d'autant plus, que celle-ci connaît une double acception. Appliquée au siège, la notion de « *résidence* » revêt effectivement une double dimension. La première, d'ordre textuel, correspond à la règle suivant laquelle un magistrat du siège ne peut être déplacé sans son consentement. Elle renvoie en conséquence, à cette idée précitée d'une garantie de résidence contestée dans sa qualité de composante de l'inamovibilité (§ 1). La seconde dimension, d'ordre traditionnel, comprend l'ensemble des autres facteurs qui, sans se recouper avec la garantie de résidence proprement dite, contribuent à l'expliquer ou à la renforcer. Occultée par le droit positif, elle puise essentiellement ses racines dans l'histoire judiciaire (§ 2).

§ 1 . Une garantie de résidence ou l'élément contesté

319. Considérée en tant que garantie pour le magistrat, l'inamovibilité de résidence s'oppose en principe à ce que celui-ci puisse être déplacé contre son gré, d'une juridiction au sein de laquelle il exerce des fonctions du siège, vers une autre⁸⁸⁰. Il s'ensuit alors deux conséquences. D'une part, il ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une mutation d'office dans l'intérêt du service, ainsi que l'autorise le Statut général des fonctionnaires. Il en va différemment des magistrats du parquet, à

⁸⁷⁶ Propos du garde des Sceaux, cités in R. Warlomont, *op. cit.*, p. 97.

⁸⁷⁷ R. Warlomont, *op. cit.*, p. 97.

⁸⁷⁸ M. Pauti, *op. cit.*, p. 165.

⁸⁷⁹ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'Autorité judiciaire...*, *op. cit.*, p. 137.

⁸⁸⁰ T. S. Renoux, *Inamovibilité*, in F. Luchaire et G. Conac (dir.), *op. cit.*, 2e éd., 1987, p. 492.

l'égard desquels le Conseil d'Etat a admis qu'une telle mesure puisse être prononcée, « *sans que soit méconnu aucun principe général du droit* »⁸⁸¹. D'autre part, un magistrat du siège ne devrait pas pouvoir être soumis à un principe de mobilité équivalent à celui applicable à certains grands corps de l'Etat, depuis 1964, et conditionnant l'accès aux postes importants de leur hiérarchie⁸⁸². Pourtant, si les magistrats du siège bénéficient en vertu du Statut de la magistrature, d'une protection indéniable contre les déplacements non consentis, celle-ci a connu un important recul depuis les années 1980. La règle du consentement préalable prévue à l'article 4 alinéa 2 de l'ordonnance, a effectivement vu son intensité réduite, sous l'impulsion des pouvoirs publics (A), de même que son étendue, avec l'essor d'une exigence de mobilité de plus en plus contraignante (B).

A . L'intensité réduite de la règle du consentement préalable

320. En dépit de la longévité de la formule employée à l'article 4 alinéa 2 du Statut organique des magistrats, la règle du consentement préalable a eu, en tant que telle, une existence éphémère. Celle-ci a en effet été tardivement reconnue par les pouvoirs publics (1°), et tend à faire l'objet d'une application restrictive sous la V^{ème} République (2°).

1°) La consécration réticente de la règle du consentement préalable

321. Les origines historiques de l'inamovibilité de résidence ne sont pas certaines. Dans son traité sur *Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles*⁸⁸³ de 1825, Guillaume Carré s'était interrogé sur la capacité de l'inamovibilité à faire obstacle au déplacement d'un juge d'un tribunal vers un autre, sans son consentement. La réponse à cette question ne lui paraissait pas évidente, dans la mesure où elle conduisait à modifier d'une certaine manière le sens de l'inamovibilité. Il ne s'agissait plus de savoir si cette garantie se trouvait uniquement attachée au « *caractère de juge* », mais également si elle dépendait de la juridiction à laquelle le magistrat était « *attaché par son institution* ». En cela, ce jurisconsulte semble avoir été l'un des premiers représentants de la doctrine à avoir soulevé la question de l'existence d'une inamovibilité de résidence. Il s'est prononcé pour sa part, en faveur de l'affirmative, en énonçant une conception de l'inamovibilité

⁸⁸¹ CE, arrêt du 27 juillet 1979, « *Jéol* », Rec. p. 338.

⁸⁸² M. Pauti, *op. cit.*, p. 165.

⁸⁸³ G.L.J. Carré, *Traité sur Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles*, t. 1, Chez Warée oncle, Paris, 1825, p. 11, Question n° 5.

impliquant : « *la perpétuité des fonctions dans le tribunal pour lequel l'officier nommé par le roi avait été pourvu, et où il avait été pourvu* ».

A cette fin, le Jurisconsulte Carré s'est fondé sur trois séries d'arguments. Il s'est de prime abord référé à l'étymologie du mot « *inamovibilité* », après avoir relevé que celle-ci entraine en contradiction avec la notion de « *déplacement* ». Son contraire, le mot « *amovibilité* », a effectivement pour racine latine le terme « *amovere* », ce qui signifie au sens propre⁸⁸⁴ : « *mouvoir d'un lieu à un autre* », c'est à dire « *déplacer* ». La seconde justification soulevée, est de nature doctrinale. L'auteur s'est appuyé sur une interprétation de l'ordonnance de 1467, donnée par Minier à la fin de l'Ancien Régime. Ce texte aurait été rédigé, parce que : « *Nos rois ont pensé qu'après avoir donné à leurs sujets, pour juges, des hommes qu'ils trouvaient dignes de rendre la justice, ils devaient les maintenir dans le tribunal où ils les avaient placés* ». Enfin, Guillaume Carré a eu recours à un argument psychologique, résidant dans la nécessité d'affranchir le juge de toute inquiétude concernant son avenir. Or, si cette sérénité devrait être essentiellement recherchée dans l'exercice des fonctions judiciaires, celle-ci n'est cependant pas envisageable dès lors qu'une même exigence ne se trouve pas garantie au préalable dans la vie privée du magistrat. Cela suppose en conséquence que ce dernier soit : « *assuré qu'il conservera toute sa vie l'exercice de ses fonctions dans le lieu où elles le forcent d'établir son domicile, où il a sa famille, ses propriétés, toutes les relations, en un mot, qui nous attachent par les affections les plus chères au lieu où elles s'entretiennent* »⁸⁸⁵.

Pourtant, aucun de ces arguments n'emporte la conviction, à défaut de reposer sur des preuves tangibles. Le recours à un faisceau d'indices, plaide plutôt en faveur d'une inamovibilité de résidence née de la pratique. En effet, la règle suivant laquelle un juge ne peut être déplacé sans son consentement, n'a été consacrée expressément, ni par les édits et ordonnances de l'Ancien Régime, ni dans les textes constitutionnels qui se sont succédés en France à partir de la Révolution française. La période comprise entre 1791 et 1815 ne fait pas exception, alors même que celle-ci s'est trouvée caractérisée par l'affirmation explicite de l'inamovibilité des fonctions au niveau constitutionnel. En revanche, une certaine culture judiciaire de la stabilité territoriale, s'est progressivement développée avec l'essor de la « *monarchie*

⁸⁸⁴ Toutefois, Guillaume Carré lui oppose immédiatement un sens moral, en vertu duquel il exprime : « *la qualité d'une fonction, d'un emploi dont le titulaire peut être dépossédé par celui qui l'en a pourvu* ». Cette formulation rejoint l'énoncé de l'inamovibilité des fonctions.

⁸⁸⁵ G.L.J. Carré, *Les lois de l'organisation...*, t. 1, *op. cit.*, p. 12.

administrative »⁸⁸⁶, à partir du XIV^e siècle. L'institutionnalisation de la vénalité et de l'hérédité des offices de judicature, est venue ancrer durablement celle-ci pendant toute la durée de l'Ancien Régime. A cet égard, la rupture engendrée par la survenance de la Révolution de 1789, est demeurée relative. Etant donné que le nouveau régime de désignation des juges reposait sur un système d'élection à l'échelon local, les juges étaient amenés à exercer leurs fonctions dans la juridiction correspondant au ressort territorial, au sein duquel ils avaient été élus.

322. En dépit de la pratique, la prise de conscience de l'importance de l'inamovibilité de résidence dans le débat sur l'inamovibilité, est toutefois apparue de manière assez tardive. Elle s'est dégagée à compter de l'an VIII, avec la constitution d'un ordre judiciaire sur le modèle de l'organisation militaire. Au cours du XIX^e siècle en métropole, la faculté pour le gouvernement d'affecter un juge sans son consentement, faisait craindre la naissance d'une nouvelle forme de justice d'exception. Le duc de Broglie s'était ainsi ému de l'institution des juges auditeurs, créée par le décret du 16 mars 1808. Selon lui, elle rendait le Pouvoir exécutif, « *maître de se créer dans chaque tribunal une majorité selon son bon plaisir* »⁸⁸⁷. Dans sa thèse publiée en 1896, Jean Dejean devait reprendre cet argument, afin de justifier la nécessité de compléter la définition traditionnelle de l'inamovibilité, par la prise en considération explicite de la règle du consentement préalable à toute mutation⁸⁸⁸. Pendant cette même période, les déplacements non consentis des magistrats du siège au sein des colonies, étaient vécus comme un véritable fléau⁸⁸⁹. Ceux-ci atteignirent une telle ampleur que la Chancellerie devait se préoccuper de cette situation dès le Second Empire, recommandant aux gouverneurs de ne procéder qu'exceptionnellement à des mutations de magistrats. Plus encore, les demandes de la justice d'Outre-mer en faveur de l'extension de l'inamovibilité aux territoires

⁸⁸⁶ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Economica, Corpus Histoire du droit, Paris, 3^e éd., 2006, p. 278.

⁸⁸⁷ Duc de Broglie, *Vues sur le Gouvernement de la France*, écrit en 1859, Michel Lévy frères, Paris, 1870, p. 137.

⁸⁸⁸ « *S'il était permis au Gouvernement de modifier à gré par voie de permutation la composition d'un tribunal ou d'une Cour, il pourrait arriver que cette juridiction se trouvât composée de magistrats choisis tout exprès pour juger un procès déterminé, ce qui en ferait un véritable tribunal politique et détruirait les garanties d'impartialité et d'indépendance que le justiciable doit trouver dans le tribunal devant lequel il est appelé à débattre de ses droits* », J.-L. Dejean, *Etude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, Imprimerie Gagnebin, Bordeaux, 1896, pp. 7-8.

⁸⁸⁹ Sur cette question : J.-P. Royer, *Portraits du juriste colonial : magistrats et administrateurs dans l'Afrique du XIX^e siècle*, in J.-P. Royer (dir.), *La justice d'un siècle à l'autre*, PUF, coll. Droit et justice, Paris, 2003, pp. 293-303 ; Bernard Durand, *Observer la justice coloniale sous la III^e République*, in J.-P. Royer (dir.), *La justice d'un siècle...*, op. cit., pp. 55-81 ; et Bernard Durand, *Un dogme soumis « à la force des choses » : l'inamovibilité des magistrats Outre-mer*, *Revue historique de droit*, n° 82, avril-juin 2004, pp. 241-262.

coloniaux, devait bientôt trouver pour principale justification, le souci des juges de ne pas être déplacés sans leur consentement.

Le débat au niveau des pouvoirs publics s'est engagé sur ce sujet, dans les deux premières décennies de la III^{ème} République. Toutefois, celui-ci a essentiellement porté sur la possibilité de dissocier de l'inamovibilité, la règle du consentement préalable à toute affectation, sans pour autant remettre en cause cette garantie dans son ensemble. A l'occasion de l'examen du projet qui a conduit à la loi des 30 et 31 août 1883, devant le Parlement, trois écoles se sont affrontées. Le rapporteur du texte devant la Chambre des députés, Pierre Waldeck-Rousseau, se plaça en marge du débat, en préconisant la suspension pure et simple de l'inamovibilité. Au Sénat, Jules Simon et Edouard Allou plaidèrent au contraire, pour l'affirmation de cette garantie dans toute son étendue. Favorable à une position intermédiaire, le Député René Goblet suggérait enfin la suppression explicite de l'inamovibilité de résidence⁸⁹⁰. Finalement, la première proposition fut retenue à titre transitoire dans le texte définitif, tandis que la dernière fut maintenue jusqu'à la fin de la III^{ème} République. En application des articles 13 et 15 de la loi, un magistrat du siège pouvait être déplacé d'office dans le cadre d'une procédure impliquant l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. Les juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif, loin de voir dans la suppression du consentement préalable une atteinte à l'inamovibilité, se sont contentées de concevoir cette règle comme un prolongement utile de cette dernière. Dans un avis du 30 avril 1885, la Cour de cassation a ainsi estimé que l'article 15 de la loi de 1883 : « *édicte une exception au principe de l'inamovibilité absolue, détermine les conditions auxquelles peut désormais avoir lieu le déplacement d'un magistrat, et suppose par conséquent qu'il soit inamovible* »⁸⁹¹. De la même manière, dans ses conclusions sur l'arrêt « *Bariat* » du 23 juin 1893, le Commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt, soulignait que : « *L'inamovibilité s'applique d'ordinaire et à la fonction et à la résidence même ; mais elle peut, par exception, ne s'appliquer qu'à la fonction* »⁸⁹².

323. Dans ce contexte, l'avènement de la V^{ème} République a semblé opérer un véritable revirement, dans la prise en considération de l'inamovibilité de

⁸⁹⁰ Voir sa proposition de loi du 22 janvier 1880, Chambre des députés, JO du 20 février 1880, n° 2242, p. 1978.

⁸⁹¹ C.Cass., avis du 30 avril 1885, S. 87.1.265.

⁸⁹² Et d'ajouter : « *Le droit de déplacement des magistrats existe, en Italie, où il a eu pour but, en 1865, de faciliter l'unification du pays ; il a été établi, en France, sous le contrôle de la Cour de cassation, conseil supérieur de la magistrature, par la loi du 30 août 1883* », CE, arrêt du 23 juin 1893, « *Bariat* », Rec. p. 506.

résidence. La règle selon laquelle « *un magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* », est désormais expressément prévue dans les textes, et est présentée comme une conséquence de l'inamovibilité. Cependant, comme l'ont relevé Gérard Masson et le Professeur Renoux, l'inscription de cette disposition dans l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, et non dans le corps même de la Constitution, est de nature à faire naître une incertitude quant à sa portée. Effectivement, l'unité de la compétence normative pour assurer le respect de l'inamovibilité des magistrats du siège, se trouve écartée au profit d'une compétence duale. Alors que le Pouvoir constituant a énoncé le principe de l'inamovibilité, il revient au législateur organique d'en tirer les conséquences pour en permettre la mise en œuvre. Or, la marge d'appréciation du second est d'autant plus importante, que le premier est demeuré laconique. Dans ce contexte, la portée de la règle inscrite dans la loi organique, est conditionnée par le degré de l'attache qui la lie au principe formulé dans la Constitution.

La thèse favorable à une inamovibilité de résidence, dissociable du principe plus général prévu à l'article 64 alinéa 4 de la Constitution, a été défendue à plusieurs occasions devant le Parlement avant 1967. Il en est allé ainsi du Garde des Sceaux Edmond Michelet, à propos de la décision du 26 avril 1961 suspendant l'inamovibilité. Selon lui, la manière dont l'inamovibilité des magistrats du siège avait été affirmée sous la V^{ème} République, autorisait à déroger à l'article 4 alinéa 2 de l'ordonnance organique, sans violer le texte constitutionnel⁸⁹³. De la même façon, lors de travaux préparatoires au projet de loi organique relative au statut de la magistrature, le Député Michel de Grailly avait présenté un amendement permettant de déroger à cette disposition⁸⁹⁴. Dans son rapport réalisé au nom de la commission des lois, le rapporteur du projet devait souscrire à l'analyse faite sept ans plus tôt. En revanche, il émettait une réserve à la compétence du législateur organique, concernant l'article 4 alinéa 1^{er}, dans la mesure où celui-ci reproduisait la lettre du texte constitutionnel⁸⁹⁵.

Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas adhéré à cette interprétation des relations entre les articles 64 alinéa 4 de la Constitution, et 4 alinéa 2 de l'ordonnance organique. Au contraire, il s'est prononcé dès sa décision du 26 janvier

⁸⁹³ G. Masson, *op. cit.*, p. 334.

⁸⁹⁴ Amendement n° 13, Assemblée nationale, 3^e séance du 15 décembre 1966, JO, Débats parlementaires, p. 5600.

⁸⁹⁵ « *C'est donc seulement au deuxième alinéa de l'article 4 (et non au premier alinéa qui reproduit textuellement le texte de la Constitution) qu'une dérogation est légalement possible* », in P.-C. Krieg, rapport n° 2240 fait au nom de la commission des lois, Assemblée nationale, 1966-1967, pp. 8-9.

1967⁸⁹⁶, en faveur du caractère indissociable de l'inamovibilité de résidence. Au terme d'une jurisprudence constante⁸⁹⁷, il estime effectivement que celle-ci constitue une « *application nécessaire* » du principe suivant lequel : « *les magistrats du siège sont inamovibles* ». La formule employée, mérite d'être mise en perspective par rapport à la jurisprudence dite de « *l'effet-cliquet* »⁸⁹⁸. En vertu de cette dernière, le Conseil constitutionnel estimait que : « *S'agissant d'une liberté fondamentale...la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* »⁸⁹⁹. En conséquence, l'abrogation de dispositions législatives comportant des garanties conformes aux exigences constitutionnelles, était possible à partir du moment où le législateur introduisait d'autres garanties au moins équivalentes, sinon plus protectrices. La valeur d'une garantie législative était donc fonction du degré de protection qu'elle assurait à une exigence constitutionnelle, de sorte qu'elle demeurait interchangeable. Cette idée de substituabilité se trouve renforcée par le reflux progressif de la jurisprudence de « *l'effet-cliquet* », au profit d'une sorte « *d'effet-plancher* »⁹⁰⁰. Précisant qu'il « *est à tout moment loisible au législateur* » de modifier ou abroger des dispositions législatives relevant de sa compétence, le Conseil constitutionnel estime désormais que : « *l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »⁹⁰¹. Rien de tel concernant l'inamovibilité de résidence. Celle-ci n'apparaît pas comme une garantie législative substituable, en faveur de l'inamovibilité, mais comme une partie intégrante de cette dernière. Dans cette mesure, le Conseil constitutionnel semble avoir été la première autorité publique à lui donner une véritable assise juridique.

2°) L'application restrictive de la règle du consentement préalable

324. L'inamovibilité de résidence est définie par l'article 4 alinéa 2 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, comme la règle suivant laquelle : un

⁸⁹⁶ CC, décision n° 67-31 du 26 janvier 1967, « *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature* ».

⁸⁹⁷ CC, décision n° 2001-445 du 19 juin 2001, « *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature* », cons. 25.

⁸⁹⁸ G. Pépy, *La réforme du régime juridique de la presse*, AJDA, 1986, p. 534.

⁸⁹⁹ CC, décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984.

⁹⁰⁰ A. Vidal-Naquet, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L'auteur, Paris, 2004, pp. 224 et s.

⁹⁰¹ CC, décisions n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, et n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.

« *magistrat du siège ne peut recevoir sans son consentement une affectation nouvelle, même en avancement* ». Précise, cette définition l'est en apparence. Certains termes employés sont d'autant plus sibyllins, que leur interprétation relève de la compétence des pouvoirs publics, au premier rang desquels le législateur. Ils revêtent dès lors un caractère évolutif, fonction des politiques déterminées et conduites par les gouvernements successifs. Pierre angulaire de l'inamovibilité de résidence, la notion de « *consentement* » mérite une attention soutenue. Si son exigence demeure le principe, les pouvoirs publics n'en admettent pas moins que celle-ci puisse être restreinte ou exclue.

325. Le « *consentement* » préalable d'un magistrat du siège à une nouvelle affectation, s'entend négativement de l'interdiction de toute affectation non consentie par celui-ci. Ce principe a été énoncé par le Conseil constitutionnel, dès sa décision du 26 janvier 1967⁹⁰². En l'espèce, le Parlement avait prévu la faculté pour le Gouvernement de pourvoir d'office à l'affectation des conseillers référendaires à la Cour de cassation, à l'expiration de la durée légale de leurs fonctions, fixée à dix ans. La disposition en cause a été censurée, dans la mesure où elle ne respectait pas l'exigence impartie par l'ordonnance organique. De manière positive, cette règle suppose en théorie, le droit pour le magistrat d'approuver ou refuser la proposition d'affectation qui lui est faite par le Gouvernement. Elle n'implique pas nécessairement, en revanche, que le magistrat puisse bénéficier d'une initiative en matière d'affectation nouvelle. En effet, la condition du consentement préalable, constitue essentiellement une garantie défensive, une sorte de droit de veto en faveur du juge. Il en serait allé différemment si le Statut organique avait reconnu aux magistrats du siège, la possibilité de n'être mutés que sur leur demande.

Pourtant, l'ordonnance organique a prévu certaines hypothèses dérogatoires, dans lesquelles la nouvelle affectation d'un magistrat fait intervenir une demande de celui-ci, et non plus seulement son consentement préalable. Ainsi, en matière d'avancement, un magistrat qui n'aurait pas été inscrit sur les listes annuelles destinées à l'établissement du tableau prévu à cet effet, peut adresser à cette fin une demande au garde des Sceaux (article 27). En raison de la particularité de leur situation statutaire, les conseillers référendaires à la Cour de cassation disposent d'un pouvoir d'initiative plus important. Dans un délai minimum de neuf mois avant le terme de leurs fonctions, ils doivent faire connaître au ministre de la justice : « *l'affectation qu'ils désireraient recevoir, à niveau hiérarchique égal, dans trois juridictions au moins appartenant à des ressorts de cour d'appel différents* » (article 28-1). Si aucun de ces choix n'apparaît approprié, le garde des Sceaux peut inviter le magistrat intéressé, six mois au plus tard avant l'expiration des fonctions, à formuler

⁹⁰² CC, décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967.

trois nouvelles propositions d'affectation (article 28-1). La portée du droit reconnu au magistrat, dans ces hypothèses, suppose toutefois d'être relativisée. Dans le premier cas, la demande porte uniquement sur l'inscription au tableau d'avancement, et non sur l'affectation. Cette dernière continue donc à relever de la règle du consentement préalable, et la demande vient compléter cette dernière. Dans les deux autres hypothèses, la demande constitue en réalité une obligation et non un droit. Elle est la compensation utile de l'impossibilité qui est faite au magistrat de refuser le principe d'une affectation nouvelle. Elle revêt alors un caractère palliatif par rapport à la règle du consentement préalable.

Pour être valable, le consentement exprimé vis-à-vis d'une nouvelle affectation, suppose d'être éclairé et explicite. La première exigence, implique que le magistrat intéressé dispose d'un délai suffisant pour se prononcer. Lorsque le magistrat a la possibilité de refuser la nouvelle affectation, sans pour autant être déplacé contre son gré, un tel délai n'est pas nécessaire. Il en va par exemple ainsi, dans le domaine de l'avancement. En revanche, il en va différemment concernant les fonctions du siège dont l'exercice est limité dans le temps. Ainsi, selon une lecture *a contrario* de l'article 28-1 alinéa 1^{er} du Statut organique, un conseiller référendaire dispose de neuf ans et deux mois, pour déterminer et exprimer ses souhaits d'affectation future auprès du garde des Sceaux. Si aucun de ces choix ne se révélait possible, l'alinéa 2 du même article précise que le magistrat a encore au moins six mois, pour en faire connaître de nouveaux. Cette exigence de délai minimum de réflexion, a pour corollaire la nécessité de prévoir un délai raisonnable entre le moment où le magistrat a exprimé ses choix d'affectation, et celui de sa nomination dans un des emplois afférents. Si cette condition restreint sans doute le délai de réflexion accordé au magistrat, il renforce toutefois sa certitude d'être nommé dans l'une des juridictions demandées. Ce délai est de quatre mois pour les magistrats remplaçants visés à l'article 1^{er} du Statut organique, et dont les fonctions arrivent bientôt à expiration. Il est en principe de neuf mois pour les conseillers référendaires, comme cela a déjà été précisé antérieurement. La seconde exigence, suppose que le consentement soit formulé explicitement, et non simplement présumé. Ici encore, se trouvent principalement concernées les fonctions à temps. Pour que cette condition soit remplie, il faut que le choix réalisé soit clair et exprimé : « *dans un temps suffisamment proche de l'expiration des fonctions temporaires concernées* ». La clarté du consentement ressort de l'introduction d'hypothèses de demandes préalables. A défaut de pouvoir refuser le principe d'une affectation, tout en étant maintenu dans son emploi, le magistrat propose lui même des choix de nouvelle affectation. Quant à la possibilité pour le magistrat, d'exprimer son choix dans un délai qui ne soit pas trop éloignée du terme de ses fonctions, il s'agit pour celui-ci d'un droit et non d'une obligation. L'important, est de dissocier le consentement des

fonctions à temps, du choix de l'affectation future. Le magistrat doit pouvoir exprimer son contentement à deux reprises, pour deux affectations distinctes.

326. La règle du consentement préalable ne revêt cependant pas un caractère absolu, le Conseil constitutionnel admettant que celle-ci puisse faire l'objet de restrictions, sans que soit remise en cause l'inamovibilité de résidence. Une première entorse porte sur la liberté du magistrat de refuser une nouvelle affectation, sans en être affecté dans son emploi, c'est à dire sans être sanctionné pour son refus. Le législateur organique a effectivement prévu plusieurs hypothèses dans lesquelles le magistrat dispose uniquement d'une option entre plusieurs affectations nouvelles. Il en va ainsi des conseillers référendaires à la Cour de cassation (article 28-1), et dans une moindre mesure, des magistrats remplaçants (article 3-1). Le Conseil constitutionnel a validé ces dispositifs, à l'occasion de sa décision du 12 juillet 1967⁹⁰³ pour les premiers, et du 24 octobre 1980⁹⁰⁴ pour les seconds. Certes, comme cela a été déjà souligné dans les développements précédents, l'impossibilité pour le magistrat intéressé d'être maintenu dans son emploi, peut être compensée par l'obligation qui lui est faite de proposer plusieurs choix d'affectation. Il procède dès lors à un tri entre les affectations qu'il refuse et celles qu'il approuve. Néanmoins, ce pouvoir d'initiative n'est pas toujours reconnu au magistrat. La situation des conseillers référendaires n'ayant pas exprimé de demande d'affectation avant l'expiration de leurs fonctions, en constitue une illustration. La loi leur accorde un délai d'un mois pour accepter l'une des propositions d'affectation qui leur sont faites par le ministre de la justice (article 28-1). Une seconde restriction résulte d'un amalgame entre la question de l'affectation, et une autre qui lui est étrangère. Une telle situation ne saurait être minorée dans la mesure où, depuis l'entrée en vigueur de la loi organique du 25 juin 2001, l'avancement des magistrats du siège est largement subordonné à leur mobilité d'une juridiction à une autre. En conséquence, le consentement du magistrat à une nouvelle affectation, est susceptible d'être influencé par le souci légitime d'avancement de celui-ci.

Une troisième entorse, semble-t-il plus importante, consiste à faire approuver tacitement au magistrat une affectation « *par avance* »⁹⁰⁵. Cette thèse a été avancée pour la première fois, dans le cadre des travaux préparatoires au projet de loi organique instituant les conseillers référendaires à la Cour de cassation. Afin de justifier l'obligation faite à ceux-ci, de quitter leur poste au moment de l'expiration

⁹⁰³ CC, décision n° 67-33 du 12 juillet 1967.

⁹⁰⁴ CC, décision n° 80-123 DC du 24 octobre 1980.

⁹⁰⁵ T. S. Renoux, *Quelle justice pour le statut des magistrats ?*, Commentaire de la décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, RFDC, n° 48, 2001, p. 739.

légale de dix ans, le rapporteur de la commission des lois avait alors estimé que ces magistrats y auraient « *consenti par avance* », en acceptant des fonctions temporaires⁹⁰⁶. Le Conseil constitutionnel devait censurer ce dispositif, après avoir relevé qu'au terme des fonctions à temps, les magistrats intéressés faisaient l'objet d'une affectation d'office⁹⁰⁷. Dans la nouvelle version du texte soumise au Conseil constitutionnel et validée par lui⁹⁰⁸, le législateur organique a tiré les conséquences de cette solution, en permettant aux conseillers référendaires de se prononcer explicitement sur leur affectation future, avant l'expiration de leurs fonctions. Cette interprétation de l'inamovibilité de résidence, excluant tout « *consentement anticipé* », a été par la suite appliquée lors de l'institution des magistrats remplaçants et des conseillers en service extraordinaire. Cependant, le Conseil constitutionnel semble être revenu en partie sur sa jurisprudence, à l'occasion de sa décision du 19 juin 2001. En l'occurrence⁹⁰⁹, étaient concernés les magistrats exerçant pour une durée temporaire, les fonctions de chef d'une juridiction du premier ou du second degré, ou celles de juge spécialisé au sein d'un tribunal de première ou de grande instance. Il était prévu que ces magistrats soient, concomitamment à leur désignation dans ces fonctions, nommés à un emploi du siège au sein de cette même juridiction. A défaut d'avoir reçu une nouvelle affectation à l'issue de leurs fonctions, ils étaient déchargés de celles-ci par le chef de l'Etat, et devaient exercer dans l'emploi du siège auquel ils avaient été initialement nommés. Selon le Professeur Renoux⁹¹⁰, en validant ce dispositif, le Conseil constitutionnel a opéré un véritable revirement de jurisprudence par rapport à 1967. En apparence, le magistrat est présumé avoir approuvé tacitement son affectation future, en acceptant sa désignation dans des fonctions spécialisées ou de chef de juridiction. La concomitance de la nomination dans l'emploi objet de l'affectation future, et de la désignation dans les fonctions prochaines, plaident en ce sens. Mais en réalité, il s'agirait là d'une affectation d'office, le magistrat n'ayant pas approuvé explicitement cette affectation dans une autre juridiction, ni été en mesure d'exprimer librement son consentement.

327. L'affectation d'office constitue, purement et simplement, la négation de la règle du consentement préalable. A la différence des cas examinés dans le développement précédent, le consentement du magistrat est ici sans incidence sur son

⁹⁰⁶ P.-C. Krieg, rapport n° 2240 fait au nom de la commission des lois, Assemblée nationale, 1966-1967, p. 8.

⁹⁰⁷ CC, décision n° 67-31 du 26 janvier 1967.

⁹⁰⁸ CC, décision n° 67-33 du 12 juillet 1967.

⁹⁰⁹ Articles 28-2 et 28-3 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958.

⁹¹⁰ T. S. Renoux, « *Quelle justice...*, *op. cit.*, pp. 738-739.

affectation. Dans ces conditions, cette mesure apparaît contraire, aussi bien à l'article 4 alinéa 2 de l'ordonnance organique, qu'à l'article 64 *in fine* de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs statué en ce sens, dans sa décision fondatrice du 26 janvier 1967. Pourtant, l'inamovibilité admet elle-même de longue date, une exception à cette interdiction de principe. Le « *déplacement d'office* » figure parmi la liste des sanctions disciplinaires pouvant être prononcées par le Conseil supérieur de la magistrature, statuant en qualité d'instance disciplinaire des magistrats du siège⁹¹¹. Cette mesure ne pose pas de difficulté au regard de l'inamovibilité, dès lors que le magistrat bénéficie de toutes les garanties appropriées, et qu'elle est la contrepartie d'une faute disciplinaire commise par celui-ci.

Mais au-delà, le Conseil constitutionnel a accepté l'introduction d'hypothèses d'affectation d'office, en dehors de toute procédure disciplinaire. Conscient des nécessités liées au bon fonctionnement du service public de la justice, il a préféré à l'interdiction, un encadrement strict du recours à l'affectation d'office. De prime abord, celle-ci n'apparaît pas comme une règle autonome, mais plutôt comme une « conséquence » de la nature temporaire des fonctions exercées. Cela ressort de la lecture complémentaire des décisions des 26 janvier et 12 juillet 1967. Dans la première, le Conseil avait explicitement relevé l'inconstitutionnalité des dispositions législatives prévoyant l'affectation d'office du magistrat, à l'expiration de ses fonctions temporaires. Or, il a validé les nouvelles dispositions dans la seconde, après avoir statué sur la conciliation assurée par loi organique, entre « *les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions* » et le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège. Dans ces conditions, la constitutionnalité de l'affectation d'office, est subordonnée à celle des fonctions à temps⁹¹². Elle doit alors répondre à deux exigences : être exactement prévisible et être subsidiaire. La condition de prévisibilité implique que le magistrat intéressé ne puisse pas être affecté d'office avant l'expiration de la durée légale de ses fonctions. C'est pourquoi, avant cette échéance, toute affectation nouvelle relève de la règle du consentement préalable. L'exigence de subsidiarité suppose que le magistrat du siège ait bénéficié d'une liberté de choix entre plusieurs affectations, ainsi que d'un délai raisonnable

⁹¹¹ Certes, il est possible d'objecter que cette disposition n'a pas été soumise initialement au contrôle de constitutionnalité, dans la mesure où elle a été introduite à l'occasion de l'ordonnance du 22 août 1958. Pour autant, il semble que le Conseil constitutionnel aurait pu en connaître, lors de la modification de l'échelle des sanctions opérée par la loi organique du 26 juin 2001. Effectivement, depuis sa décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, « *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* », le Conseil estime que : « *la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut-être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* ».

⁹¹² Selon une jurisprudence constante, trouvant sa source dans sa décision du 12 juillet 1967, le Conseil constitutionnel subordonne la constitutionnalité du caractère temporaire des fonctions, à « *l'instauration (de) garanties de nature à concilier* » ce dernier, et le principe de l'inamovibilité.

pour se prononcer. L'affectation d'office peut alors uniquement intervenir dans le cas où il s'est abstenu de procéder à un choix dans les délais légaux.

Cependant, le caractère limité du recours à l'affectation d'office, semble aujourd'hui battu en brèche. Lorsque furent rendues les décisions de 1967, cette dérogation semblait être cantonnée aux fonctions juridictionnelles secondaires. En effet, alors que dans le premier texte soumis au Conseil, les conseillers référendaires avaient « *voix délibérative dans le jugement des affaires qu'ils sont chargés de rapporter* », leurs attributions furent réduites à un simple pouvoir d'avis dans la seconde version. La loi organique du 12 juillet 1978⁹¹³ est néanmoins revenue sur ce texte, en leur reconnaissant une compétence avec voix délibérative, dans le jugement des affaires qu'ils sont chargés de rapporter, et lorsqu'ils sont appelés à compléter la chambre à laquelle ils appartiennent. Cette loi n'ayant pas été déférée au Conseil constitutionnel avant sa promulgation, les attributions conférées auraient pu demeurer exceptionnelles. Mais, le Conseil ne s'est pas opposé à l'institution des magistrats remplaçants par la loi organique du 29 octobre 1980⁹¹⁴, ayant pour fonction de remplacer un magistrat empêché dans toutes ses attributions juridictionnelles. Beaucoup plus vaste semble avoir été la brèche ouverte par la loi organique du 25 juin 2001⁹¹⁵, limitant dans le temps les fonctions de chef de juridiction ou spécialisées. Si la nomination d'un magistrat arrivant au terme de ses fonctions temporaires, dans un emploi initial au sein d'une autre juridiction, ne constitue pas une affectation consentie d'avance, alors l'affectation d'office cesse d'être résiduelle. Non seulement celle-ci intervient à l'expiration de fonctions de responsabilité, exposant « *politiquement* » le magistrat, mais elle revêt en outre un caractère quasi-automatique.

B . L'étendue réduite de la règle du consentement préalable

328. La mobilité imposée ou sanctionnée a longtemps été jugée contraire à l'inamovibilité, dans la mesure où elle entraîne une restriction de la règle du consentement préalable. Pourtant, elle a connu un important essor avec la normalisation de la mobilité géographique (1°), et l'introduction de la mobilité fonctionnelle (2°).

⁹¹³ Loi n° 78-735 du 12 juillet 1978, JO du 13 juillet 1978, p. 2787.

⁹¹⁴ Loi organique n° 80-844 du 29 octobre 1980, JO du 30 octobre 1980, p. 2522, et décision du Conseil constitutionnel, n° 80-123 DC du 24 octobre 1980.

⁹¹⁵ Loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001, JO du 26 juin 2001, p. 10119.

1°) La mobilité géographique

329. Au sens large, la mobilité peut être qualifiée de « *géographique* », dès lors qu'elle est activement conditionnée par le ressort territorial de la juridiction, au sein laquelle le magistrat du siège est affecté. Celle-ci revêtait à l'origine, un caractère exceptionnel, résultant essentiellement de la disparition du ressort territorial de la juridiction d'affectation. Mais la mobilité géographique s'est progressivement normalisée et développée, en étant associée à l'avancement dans la hiérarchie judiciaire, le magistrat pouvant néanmoins lui préférer l'immobilité.

330. La mobilité géographique consécutive à la disparition du ressort territorial d'une juridiction, ne constitue pas une hypothèse d'école. Rare, elle n'en est pas pour autant inexistante. Son caractère exceptionnel et sa nature particulière, contribuent à la faire apparaître comme un risque potentiel pour l'inamovibilité de résidence. Cela était d'autant plus vrai dans les premières années de la V^{ème} République, que le Statut organique demeurait silencieux à ce sujet. Des mesures ponctuelles devaient alors être adoptées. L'organisation de la mobilité des magistrats en poste en Algérie, dans le contexte spécifique de l'Autodétermination, doublé d'une mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels, constitue à cet égard une illustration intéressante du rapport entre une mobilité contrainte et le respect de l'inamovibilité de résidence.

Le 8 janvier 1961, le peuple français avait adopté le référendum reconnaissant aux populations algériennes le droit de choisir leur destin politique par rapport à la République française. En conséquence, fut votée la loi du 14 janvier 1961 concernant l'autodétermination de ces populations, et l'organisation des pouvoirs publics en Algérie avant l'autodétermination. Aussi, sauf à acquérir la nationalité de l'Etat à naître, le maintien à terme dans la magistrature, supposait d'accepter une affectation en métropole ou en Outre-mer. L'inamovibilité de résidence était dès lors amoindrie, le magistrat du siège pouvant difficilement refuser le principe d'une affectation nouvelle. Suite au « *putsch des généraux* », la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution, a entraîné l'adoption de la décision du 26 avril 1961⁹¹⁶, prévoyant que : « *jusqu'au 1^{er} mai 1962, les magistrats en fonctions dans les départements algériens peuvent recevoir une nouvelle affectation nonobstant les dispositions de l'article 4 de l'ordonnance du 22 décembre 1958. Il n'est en rien dérogé aux attributions du Conseil supérieur de la magistrature* ». Tandis que la garantie disciplinaire de l'inamovibilité des fonctions était maintenue, l'inamovibilité de résidence était en revanche expressément écartée.

⁹¹⁶ Décision du 26 avril 1961, JO du 27 avril 1961, p. 3930.

La décision du 17 juin 1961⁹¹⁷, également prise en application de l'article 16 de la Constitution, venait préciser les modalités de mise en œuvre de la décision précédente. A défaut de pouvoir faire immédiatement l'objet d'une nouvelle affectation, en raison des nécessités du service, les magistrats intéressés étaient maintenus par ordre à disposition du ministre de la justice. Ils demeuraient en position d'activité, et conservaient en conséquence l'indemnité de fonction attachée à leur dernier emploi. Au cours d'une période de deux ans, deux affectations devaient leur être proposées. Dans l'hypothèse d'un refus, ils étaient placés par décret, rendu après avis du Conseil supérieur de la magistrature, en position de congé spécial. A l'expiration d'un délai total de cinq ans, les magistrats concernés étaient admis à cesser leurs fonctions et à faire valoir leurs droits à la retraite. Après la levée du régime de l'article 16 et l'accession de l'Algérie à l'indépendance, l'ordonnance du 12 juillet 1962⁹¹⁸ est intervenue, afin d'encadrer la mobilité des magistrats en service sur ce territoire. Aucun magistrat ne pouvait être maintenu en Algérie, dès lors qu'il avait exprimé la volonté contraire, disposant à cette fin d'un délai de trois ans pour se prononcer. Une fois rapatrié, celui-ci était nommé à la suite d'une juridiction française ou, à défaut, placé de plein droit en congé d'attente d'affectation, pour une période de deux ans. Le magistrat était, ici encore, considéré comme étant en position d'activité, et bénéficiait de ce fait de l'indemnité de fonction correspondant à son dernier emploi. Pendant un délai de deux ans, deux affectations devaient être proposées au magistrat. En l'absence d'acceptation, celui-ci était placé au terme des deux ans, par décret pris sur proposition du garde des Sceaux, en position de congé spécial. A l'expiration d'un délai équivalent, le magistrat était admis à cesser ses fonctions ou à faire valoir ses droits à la retraite.

La manière dont a été organisée en droit, la mobilité des magistrats en poste en Algérie, est somme toute assez paradoxale. En dépit du caractère doublement exceptionnel de la situation, des mesures ont néanmoins été prises afin de préserver au minimum l'inamovibilité de résidence. En permettant au magistrat de s'exprimer dans un délai de trois ans, sur son maintien dans une juridiction du nouvel Etat algérien, ou sur son affectation dans une juridiction française, l'ordonnance du 12 juillet 1962 faisait application de la règle du consentement préalable. De la même façon, les magistrats qui n'avaient pas fait l'objet d'une affectation d'office immédiate ou à la suite, bénéficiaient d'une certaine liberté de choix dans leur nouvelle affectation. En revanche, il est certain que la décision du 26 avril 1961 portait atteinte à l'inamovibilité de résidence, en autorisant le déplacement d'office des magistrats dans espace couvrant l'ensemble de l'Algérie française. Ce territoire

⁹¹⁷ Décision du 17 juin 1961, JO du 18 juin 1961, p. 5483.

⁹¹⁸ Ordonnance n° 62-780 du 12 juillet 1962, JO du 13 juillet 1962, p. 6887-6888.

avait effectivement coïncidé jusqu'en 1956, au ressort de la cour d'appel d'Alger, avant que celui-ci ne soit scindée en trois ressorts distincts, au profit des cours d'appel de Constantine et Oran nouvellement créées.

331. La mobilité géographique peut également être liée à l'avancement du magistrat au sein de la hiérarchie judiciaire. En droit positif, il s'agit là de son acception commune. Cette mobilité s'entend d'un changement de juridiction, et ne se traduit pas par le bénéfice d'un avancement automatique pour le magistrat intéressé. Elle autorise seulement l'examen de sa situation au regard des règles de fond relatives à l'avancement. Jusqu'à une période récente, elle n'était prévue par aucun texte. Le Conseil supérieur de la magistrature avait néanmoins dégagé certaines règles non écrites, encore en vigueur, destinées à encadrer dans le temps, le maintien d'un magistrat au sein d'une juridiction donnée⁹¹⁹. Ainsi, la « *règle des deux ans* » prévoit une durée « plancher » d'exercice des fonctions, en deçà de laquelle un magistrat ne peut obtenir une mutation ou un avancement. Cette exigence est plus contraignante à l'égard des chefs de juridictions, dont la durée minimale des fonctions ne peut être inférieure à trois ans. A l'opposé, la « *règle des dix ans* » fixe une durée plafond, au-delà de laquelle l'avancement est subordonné à un changement de juridiction. Les premières mesures législatives relatives à la mobilité géographique, ont été introduites avec la loi organique du 25 février 1992⁹²⁰. Au terme d'un nouvel article 36 alinéa 3 de l'ordonnance organique, un magistrat ne pouvait être inscrit au tableau d'avancement, dès lors qu'il n'avait pas « *été nommé dans deux juridictions ou, après avoir exercé des fonctions juridictionnelles* », s'il n'avait pas « *été nommé à l'administration centrale du ministère de la justice ou en service détaché* ». Le Parlement a néanmoins atténué la portée de cette disposition, en limitant son application aux magistrats ne justifiant pas de cinq années de services effectifs, au moment de la promulgation de la loi.

Mais le véritable essor de la mobilité géographique, date seulement du début du XXI^e siècle. La loi organique du 25 juin 2001 a introduit quatre hypothèses, dans lesquelles l'avancement est conditionné par un changement de juridiction. En revanche, contrairement à l'opinion défendue par la doctrine de référence⁹²¹, l'apport de la loi du 25 février 1992 ne semble pas avoir été maintenu dans la version

⁹¹⁹ CSM, Rapport annuel d'activité 1999, Les éditions des Journaux officiels, Paris, 2000, pp. 60-63.

⁹²⁰ Loi organique du 25 février 1992, JO du 29 février 1992, p. 3088.

⁹²¹ T. S. Renoux, *Quelle justice...*, *op. cit.*, p. 735 ; T. S. Renoux, M. de Villiers, *Code constitutionnel*, Litec, Juris code, 2004, Annexe 8, p. 1210.

consolidée du Statut organique⁹²². L'avancement est donc aujourd'hui lié à la mobilité géographique, dans quatre situations. Premièrement, un magistrat ne peut être promu dans un emploi du premier grade, au sein d'une juridiction dans laquelle il a été affecté pendant plus de cinq ans, exception faite de la Cour de cassation (article 2 alinéa 2). Deuxièmement, un magistrat ne peut être nommé dans la juridiction où il est affecté, à un emploi correspondant aux fonctions de président de tribunal de première ou de grande instance. Les magistrats qui remplissent une de ces fonctions de chef de juridiction, ne sont toutefois pas concernés, quand l'emploi correspondant est élevé au niveau hiérarchique supérieur (article 2 *in fine*). Quatrièmement, sous réserve de la qualité de conseiller référendaire à la Cour de cassation, un magistrat ne saurait être nommé dans un emploi hors hiérarchie, à défaut d'avoir exercé deux fonctions lorsqu'il était au premier grade. Si ces fonctions revêtaient un caractère juridictionnel, celles-ci doivent avoir été exercé dans deux juridictions différentes (article 39 alinéa 1^{er}). Enfin, pour être nommé à un emploi hors hiérarchie à la Cour de cassation, un magistrat doit remplir une condition alternative. Soit il est ou a été magistrat hors hiérarchie, soit il occupe un emploi du premier grade, après avoir exercé les fonctions de conseiller référendaire à la Cour de cassation (39 alinéa 2). Dans ces conditions, pour accéder aux fonctions hors hiérarchie de la Cour de cassation, un magistrat du second grade doit changer entre trois et quatre fois de juridiction au cours de sa carrière.

La compatibilité entre la mobilité géographique et l'inamovibilité de résidence, ne semble pas *a priori* poser de difficulté. La pratique du Conseil supérieur de la magistrature, comme les dispositions de l'ordonnance statutaire, se contentent de subordonner l'avancement au changement de juridiction, sans pour autant obliger le magistrat. Celui-ci demeure libre de préférer l'immobilisme à l'avancement, sans encourir d'affectation d'office. La seule véritable contrainte, réside dans la « *règle des deux ans* ». Toutefois l'inamovibilité de résidence n'implique pas un droit à mutation. Mais au-delà, si l'existence d'un choix est préservée en faveur du magistrat, il n'est pas certain cependant, que celle-ci soit exempte de tout vice. Le changement de juridiction ne constitue pas une finalité propre pour le magistrat, mais est justifiée par la volonté de ce dernier d'avancer dans la hiérarchie judiciaire. Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas épinglé cette confusion, à l'occasion de ses décisions du 21 février 1992⁹²³ et du 19 juin 2001. Dans les deux cas, il a jugé les hypothèses de mobilité géographique, conformes à l'inamovibilité des magistrats du siège. Dans la seconde décision, le Conseil a d'ailleurs, de manière assez déroutante,

⁹²² L'article 36 alinéa 3 a été supprimé par l'article 8 *VIII* de la loi organique du 25 juin 2001.

⁹²³ CC, décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, cons. 51 à 53.

réservé l'usage de sa jurisprudence de 1967⁹²⁴, pour l'étude de la seule mobilité fonctionnelle⁹²⁵.

2°) La mobilité fonctionnelle

332. La mobilité « *fonctionnelle* » répond essentiellement à une préoccupation de bonne organisation et de bon fonctionnement du service public de la justice. Appliquée aux magistrats, elle poursuit un double impératif. D'une part, elle vise à les empêcher de se maintenir pendant une trop longue période dans des fonctions exposées. D'autre part, elle a pour objet de pallier aux insuffisances momentanées d'effectifs, au sein d'une juridiction donnée. A la différence de la mobilité géographique, la mobilité fonctionnelle porte essentiellement sur des fonctions temporaires, de sorte qu'elle peut se traduire par une affectation d'office.

333. Dans son acception commune, la mobilité fonctionnelle constitue le prolongement de la mobilité géographique. Introduite à l'occasion des travaux préparatoires à la loi du 25 juin 2001, elle traduit la volonté des sénateurs de renforcer la mobilité des magistrats, en dehors de toute idée d'avancement. Ainsi que l'a souligné le rapporteur du texte devant le Sénat⁹²⁶, il s'agissait d'éviter qu'un magistrat puisse « *s'approprier une fonction* » de direction ou de juge unique, sous le couvert de l'inamovibilité. A défaut d'une telle précaution, le magistrat concerné : « *risquerait de ruiner localement son indépendance tant vis-à-vis de ses collègues qu'à l'égard des justiciables* »⁹²⁷. Or, en faisant découler la mobilité de l'avancement, la mobilité géographique apparaissait insuffisante pour atteindre cet objectif. Le législateur organique a ainsi prévu deux hypothèses de mobilité fonctionnelle. Au terme de l'article 28-2 *in fine* du Statut organique, un magistrat ne peut exercer pendant une durée supérieure à sept ans, les fonctions de président d'un même tribunal de première instance, de grande instance, ou d'un même tribunal supérieur d'appel. De la même façon, l'article 28-3 *in fine* du même texte, s'oppose à ce qu'un magistrat puisse exercer les fonctions de juge d'instruction, de juge des

⁹²⁴ « *Considérant qu'aux termes de l'article 64 de la Constitution : « Les magistrats du siège sont inamovibles » ; que le deuxième alinéa de l'article 4 de l'ordonnance du 22 décembre 1958...fait du principe ainsi posé une application nécessaire en précisant que : « En conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement » ».*

⁹²⁵ CC, décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, cons. 20 à 25.

⁹²⁶ P. Fauchon, rapport n° 75 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique modifiant les règles applicables à la carrière des magistrats, Sénat, 25 novembre 2000 ; et P. Fauchon, rapport n° 281 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi modifié par l'Assemblée nationale relatif au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, Sénat, 25 avril 2001.

⁹²⁷ T. S. Renoux, *Quelle justice...*, *op. cit.*, p. 736.

enfants, de juge de l'application des peines, ou de juge chargé du service d'un tribunal d'instance, au sein d'un même tribunal d'instance ou de grande instance. Dans ces conditions, si un magistrat souhaite continuer à exercer des fonctions de même nature, il doit changer de juridiction.

Amené à connaître du contenu de ces dispositions, à l'occasion de sa décision du 19 juin 2001, le Conseil constitutionnel a validé le dispositif mis en place par les sénateurs, au regard du « *principe de l'inamovibilité des magistrats du siège* ». Force est toutefois de constater qu'il a statué en ce sens, sans se prononcer sur le principe même de la mobilité fonctionnelle. Reprenant le considérant de principe dégagé dans sa décision du 24 octobre 1980, il a effectivement estimé que : « *si le législateur organique peut organiser la mobilité des magistrats en limitant la durée d'exercice de certaines fonctions judiciaires, il doit déterminer les garanties de nature à concilier les conséquences qui en résultent avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège* »⁹²⁸. Ce faisant, le Conseil constitutionnel s'est contenté de déduire la constitutionnalité de la mobilité fonctionnelle, de celle de la limitation dans le temps des fonctions, et plus précisément de ses « *conséquences* ». Or, l'une d'elles consiste en la nomination du magistrat dans un emploi initial, sans qu'il y ait consenti explicitement. Comme cela a déjà été souligné dans des développements précédents, le Conseil constitutionnel a dégagé une conception extensive de la règle du consentement préalable, intégrant l'idée d'un « *consentement implicite et anticipé* ». Cette interprétation étant contestée par une partie de la doctrine, dans la mesure où elle couvrirait en réalité une hypothèse d'affectation d'office, la mobilité organisée par la loi de 2001, est dès lors susceptible de constituer une entorse à l'inamovibilité de résidence.

334. La mobilité fonctionnelle ne se résume cependant pas à l'apport de la loi organique du 25 juin 2001. Elle recouvre également une mobilité destinée à remédier aux insuffisances temporaires d'effectifs d'une juridiction. L'objectif poursuivi est alors d'assurer la continuité du service public de la justice, et non de préserver l'indépendance morale des magistrats, comme précédemment. Exceptionnelle et ponctuelle dans les débuts de la V^{ème} République, cette mobilité a progressivement été généralisée et pérennisée, à partir des années 1980. Elle avait initialement été rendue possible, sur le fondement de l'article 5 de la loi d'habilitation du 16 mars 1956, autorisant le gouvernement à « *prendre toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances en vue du rétablissement de l'ordre* » en Algérie. En application de cette disposition, un décret du 21 décembre 1960 permit au garde des Sceaux de déléguer des magistrats par arrêté, pour exercer des fonctions dans les juridictions situées dans les départements algériens. Vingt ans

⁹²⁸ CC, décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, cons. 26.

plus tard, la loi du 29 octobre 1980 a créé une catégorie spécifique de magistrats du siège, placés auprès du président de chaque cour d'appel, « *et ayant qualité pour exercer les fonctions du grade auquel ils appartiennent dans l'ensemble des tribunaux de première instance du ressort de la cour d'appel à laquelle ils sont rattachés* »⁹²⁹. L'office de ces magistrats était alors circonscrit, au remplacement temporaire de magistrats empêchés d'exercer leurs fonctions dans les cas énumérés par la loi⁹³⁰, ainsi qu'à l'exercice des fonctions afférentes à un emploi vacant du second grade. Une étape supplémentaire dans la voie de la généralisation de cette mobilité, a été franchie par la loi du 17 décembre 1991⁹³¹. Celle-ci⁹³² autorise le président d'une cour d'appel, à déléguer temporairement au sein des tribunaux situés dans le ressort de cette dernière, les magistrats du siège de la cour d'appel ou des tribunaux de première et de grande instance qui en relèvent. La délégation de ces magistrats n'appartenant pas à une catégorie spécifique, peut intervenir non seulement en cas d'empêchement ou de vacance d'emploi, mais également afin de renforcer une juridiction du premier degré. La loi organique du 25 juin 2001, est venue étendre le champ d'application du dispositif des « *magistrats remplaçants* »⁹³³. Celui-ci peut désormais être mis en œuvre, *ratione materiae*, pour renforcer l'effectif d'une juridiction. *Ratione loci*, le magistrat peut en outre être amené à assurer les missions qui lui sont imparties par la loi, au sein de la cour d'appel à laquelle il est rattaché.

La particularité de cette mobilité fonctionnelle, réside dans le caractère obligatoire et automatique de la mobilité. Dans la mesure où la règle du consentement préalable n'est pas respectée, le magistrat du siège faisant l'objet d'une affectation d'office, cette mobilité pourrait *a priori* être jugée contraire au « *principe de l'inamovibilité* ». Cependant, l'application de cette règle est conditionnée par la manière dont est appréhendée la notion de « *nouvelle affectation* ». Comme l'a souligné le Professeur Hamon, elle devrait pouvoir être définie en tenant compte de

⁹²⁹ Article 1 alinéa 3 de l'ordonnance organique, dans sa rédaction issue de la loi n° 80-844 du 29 octobre 1980, JO du 30 octobre 1980, p. 2522.

⁹³⁰ L'article 3-1 alinéa 1^{er} de l'ordonnance organique, fixe une liste exhaustive de ces raisons : congés de maladie ou de longue maladie, maternité ou adoption, participation à des stages de formation, ou congé annuel.

⁹³¹ Loi n° 91-1258 du 17 décembre 1991, JO du 19 décembre 1991, p. 16530.

⁹³² Les dispositions concernées, ont été codifiées à l'article L. 121-4 du code de l'organisation judiciaire.

⁹³³ La notion de « *magistrats volants* » est également employée.

« l'unité de base par rapport à laquelle les magistrats sont inamovibles »⁹³⁴. Mais en raison de la complexité des structures du service public de la justice judiciaire, il peut exister une certaine incertitude à cet égard. Cette unité de base peut être « constituée par une formation de jugement, par une juridiction, ou encore par l'ensemble des juridictions qui sont situées dans le ressort d'une même cour d'appel ». Pour sa part, le Conseil d'Etat semblait initialement lier la notion d'affectation, à celle de juridiction. Dans son arrêt « *Veron-Reville* » du 27 mai 1949, il avait effectivement jugé qu'un magistrat irrégulièrement évincé de son siège à la suite d'une mesure d'épuration, bénéficiait d'un droit absolu à être réintégré dans la juridiction même dont il avait été exclu. A défaut, cela aurait conduit à opposer l'inamovibilité de résidence à l'inamovibilité des fonctions, la seconde étant dénaturée par l'interprétation restrictive de la première. Dépassant le stade de l'hypothèse, le Professeur Hamon s'est prononcé avec certitude en faveur d'une lecture fondatrice de la jurisprudence « *Véron-Reville* ». Non seulement celle-ci aurait consacré l'inamovibilité des magistrats du siège, « par rapport à la juridiction à laquelle ils ont été affectés », mais elle aurait également inspiré l'écriture du dernier alinéa de l'article 64 de la Constitution⁹³⁵.

Cependant, la jurisprudence du Conseil d'Etat et du conseil constitutionnel a évolué sous la pression du législateur, dans le sens d'une interprétation restrictive de la notion de « *nouvelle affectation* ». Dans sa décision du 24 octobre 1980, le Conseil constitutionnel a jugé le dispositif des magistrats « *volants* », amenant des membres du siège à effectuer des missions de remplacement dans le ressort d'une cour d'appel, conforme à la Constitution. Il a par la suite conforté cette position, dans sa décision du 19 juin 2001, en autorisant l'extension de ce dispositif à des missions destinées à renforcer, temporairement, l'effectif d'une juridiction située dans le ressort d'une cour d'appel. De son côté, le Conseil d'Etat a semblé dans un premier temps, devoir maintenir sa jurisprudence initiale. C'est le sens donné par une partie de la doctrine, à la solution dégagée dans l'arrêt « *Union fédérale des magistrats et Sieur Reliquet* » du 15 octobre 1965, à propos de la légalité du décret du 21 décembre 1960 précité. Si la Haute juridiction administrative a admis la légalité des délégations d'office prévues par ce texte, c'est seulement après avoir relevé que la loi d'habilitation du 16 mars 1956, autorisait le gouvernement : « *compte tenu des circonstances exceptionnelles existant alors, à prendre toutes mesures utiles même contraires à des dispositions législatives ou constitutionnelles en vigueur ou à des*

⁹³⁴ F. Hamon, note sous la décision du Conseil constitutionnel du 24 octobre 1980, AJDA, 20 mars 1981, p. 149.

⁹³⁵ « *Les auteurs de l'actuelle constitution connaissaient évidemment ce précédent, et le sens de l'article 64, alinéa 4, ne souffre guère de discussion : les magistrats du siège sont inamovibles par rapport à la juridiction à laquelle ils ont été affectés* », F. Hamon, *op. cit.*, p. 150.

principes généraux du droit »⁹³⁶. Le Conseil d'Etat a toutefois opéré un revirement sans équivoque, dans son arrêt « *Pacaud et autres* », du 29 juin 1983⁹³⁷. En l'occurrence, la Haute juridiction avait été saisie d'un recours dirigé contre le décret du 23 décembre 1982⁹³⁸, portant désignation de magistrats du ressort de la cour d'appel de Colmar, chargés de composer temporairement le tribunal aux armées des forces françaises en Allemagne. Le Conseil d'Etat a écarté le moyen tiré de la violation du « *principe de l'inamovibilité des magistrats du siège* », fondé sur le non respect de la règle du consentement préalable, en jugeant que les désignations effectuées, ne pouvaient être interprétées comme une « *affectation nouvelle au sens de l'article 4 de la loi organique du 22 décembre 1958* ».

Cette évolution jurisprudentielle est critiquable, dans la mesure où la garantie offerte par l'inamovibilité de résidence, n'a de valeur que si l'affectation se trouve étroitement localisée dans l'espace. Le Professeur Hamon a ainsi dénoncé, non sans ironie, la prise en compte du ressort de la cour d'appel comme unité de base : « *toute juridiction a son siège dans une ville déterminée, tandis que le ressort d'une cour d'appel comprend, selon les cas, de deux à six départements. Pour ne prendre qu'un seul exemple, un magistrat du siège qui risque d'être muté, sans son consentement, du tribunal de grande instance de Nantes à celui de Brest, peut-il raisonnablement être considéré comme inamovible, simplement parce que ces deux villes, séparées par une distance de 300 kilomètres environ, sont situées dans le ressort de la même cour d'appel (en l'occurrence celle de Rennes) ?* »⁹³⁹. Ainsi que l'a d'ailleurs relevé le Professeur Soler-Couteaux, cette unité est elle-même apparue insuffisante pour le Conseil d'Etat, qui a admis qu'une affectation puisse être imposée à un magistrat du siège, « *hors du territoire de la République* »⁹⁴⁰.

Pour autant, en validant de tels dispositifs de mobilité fonctionnelle, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat se sont toutefois assurés du respect de certaines garanties minimales en faveur de l'inamovibilité de résidence. L'une de ces mesures

⁹³⁶ CE Sect., arrêt du 15 octobre 1965, « *Union fédérale des magistrats et Sieur Reliquet* », AJDA, novembre 1965, p. 603.

⁹³⁷ CE Sect., arrêt du 29 juin 1983, « *Pacaud et autres* », RFDA, n° 1, janvier-février 1985, pp. 115-116.

⁹³⁸ Décret pris pour la mise en œuvre de l'article 6 alinéa 3 de la loi n° 82-621 du 21 juillet 1982 relative à l'instruction et au jugement des infractions en matière militaire et de sûreté de l'Etat et modifiant les codes de procédure pénale et de justice militaire, et du décret n° 82-1122 du 23 décembre 1982 relatif au tribunal aux armées des forces françaises en Allemagne.

⁹³⁹ F. Hamon, *op. cit.*, p. 150.

⁹⁴⁰ P. Soler-Couteaux, *L'arrêt Pacaud, contribution au déclin de l'inamovibilité des magistrats du siège*, RFDA, n° 1, Janvier-février 1985, p. 113.

réside dans le maintien de son affectation d'origine, ou dans la détermination d'une affectation fixe, en faveur du magistrat concerné. A défaut de pouvoir exercer de manière permanente, ses fonctions dans une juridiction déterminée, le magistrat n'en demeure pas moins rattaché à cette dernière, en dépit de ses mobilités. Cette justification, mise en avant par le garde des Sceaux dans l'arrêt « *Union fédérale des magistrats et Sieur Reliquet* », fut alors contestée par le Commissaire du gouvernement Kahn⁹⁴¹. Au contraire, elle fut explicitement accueillie par le Conseil d'Etat, dix-huit ans plus tard, dans son arrêt « *Pacaud* »⁹⁴². Deux années auparavant, le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé favorablement sur une telle mesure, en relevant qu'à défaut d'effectuer un remplacement, les magistrats « *volants* » exerçaient les fonctions de leur niveau hiérarchique, au tribunal de grande instance du siège de la cour d'appel à laquelle ils sont rattachés ou au tribunal de grande instance le plus important du département où est située ladite cour. Plus largement, le Conseil constitutionnel avait jugé les exigences constitutionnelles respectées, dès lors que la loi prévoyait limitativement les cas de mobilité d'office, en subordonnait sa mise en œuvre à une ordonnance du premier président précisant le motif et la durée du remplacement, et en fixait le terme⁹⁴³.

§ 2 . Une garantie traditionnelle ou l'élément occulté

335. L'inamovibilité de résidence ne saurait se résumer totalement, dans la garantie expresse précitée. L'indépendance judiciaire présente en cela, une forte analogie avec l'autonomie des universités et l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur. Le lien étroit qu'entretient le magistrat assis, avec le lieu de localisation de son siège, trouve non seulement son fondement dans la règle du consentement préalable, mais aussi dans une pluralité de privilèges, de traditions et de pratiques, dont la plupart puise sa source sous l'Ancienne Monarchie. Cet ensemble épars, participe à la fois d'une fonction *a priori* de justification de la règle écrite, et *a posteriori* d'affermissement de cette dernière. A cet égard, les études consacrées à l'histoire de la magistrature par l'ancien Premier président de la cour

⁹⁴¹ Selon MM. Puissechet et Lecat, dans leur note sous l'arrêt de Section, 15 octobre 1965, « *Union fédérale des magistrats et Sieur Reliquet* », AJDA, novembre 1965, p. 590. En l'espèce, le décret du 21 décembre 1960 prévoyait que le magistrat délégué conservait son affectation d'origine pendant la durée de sa mobilité, et reprenait ses fonctions à l'expiration de cette dernière.

⁹⁴² Les magistrats délégués au tribunal de Landau, conservaient pendant la durée de leur mobilité, leur affectation d'origine au sein d'une juridiction du ressort de la cour d'appel de Colmar.

⁹⁴³ C'est la raison pour laquelle, le Conseil constitutionnel a censuré la disposition législative qui prévoyait qu'un magistrat « *volant* », chargé de remplacer un magistrat en congé de longue maladie, pouvait faire l'objet d'une nouvelle affectation d'office au terme d'un délai de six mois, suivant son entrée en fonctions.

d'appel de Paris, Marcel Rousselet, et l'actuel Président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, constituent des outils précieux pour l'établissement d'un tel rapprochement⁹⁴⁴. Il est ainsi possible de dégager sur la base de leurs travaux, deux séries de facteurs permettant de compléter la compréhension de l'inamovibilité de résidence. Tandis que les premiers se rattachent à la fonction juridictionnelle du magistrat (A), les seconds se rapportent à son rôle institutionnel (B).

A . La stabilité liée à la fonction juridictionnelle du magistrat

336. Le développement de la patrimonialité des charges sous l'Ancien Régime, n'est pas l'unique facteur ayant contribué à fixer l'inamovibilité de résidence. D'autres raisons, liées à l'activité intrinsèque du magistrat, permettent d'expliquer cette stabilité spatiale. Parce qu'il exerce une fonction juridictionnelle, le juge est d'une part protégé par son « siège », contre les immixtions extérieures (1°), et d'autre part préservé par son « office », des évictions extérieures (2).

1°) Le siège permanent du magistrat

337. Sous l'Ancienne Monarchie, les magistrats entretenaient un rapport particulier avec le tribunal au sein duquel ils avaient été recrutés. Jusqu'à « l'instauration de la Paulette »⁹⁴⁵, ils y avaient en principe été élus par la compagnie résidente, et de tout temps, ils y avaient prêté serment devant les membres composant celle-ci. En outre, avec l'adoption de l'ordonnance du 21 octobre 1467 et le développement progressif de la patrimonialité des offices, ils avaient normalement vocation à y demeurer toute leur vie. Ce lien était plus étroit encore, pour les membres du siège, bénéficiaires historiques de l'inamovibilité. Effectivement, le tribunal n'était pas uniquement pour eux le lieu d'exercice des fonctions juridictionnelles, il était également un véritable « sanctuaire ». Cette assimilation reposait sur quatre garanties. Les deux premières, avaient pour objet d'assurer l'indépendance des compagnies judiciaires par rapport au roi et à l'Eglise : la préséance des membres du siège sur ceux du parquet ; et la prohibition des insignes religieux dans l'enceinte du palais. Les deux dernières visaient à sanctionner les précédentes, en cherchant à prévenir toute intrusion armée : l'interdiction d'entrer en armes dans la juridiction ; et l'inviolabilité des résidences des magistrats.

⁹⁴⁴ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1 et 2, *op. cit.*, 448 et 437 p. ; J.-L. Debré, *La justice au XIXe siècle : les magistrats*, Librairie académique Perrin, Paris, 1981, 223 p.

⁹⁴⁵ R. Warlomont, *op. cit.*, p. 175.

338. S'agissant des garanties d'indépendance, la première se voyait clairement explicitée, par la distinction terminologique entre les notions de « *siège* » et de « *parquet* ». Alors que les juges se plaçaient sur l'estrade et demeuraient assis pendant la durée de l'audience, les représentants du ministère public occupaient le parquet, et avaient pris l'habitude de se tenir debout lorsque l'un d'eux portait la parole⁹⁴⁶. Cette différence de situation se justifiait essentiellement par la nature des fonctions exercées à l'origine par les « *gens du roi* ». Comme leur nom l'indique, ils avaient d'abord été au « *service des intérêts du roi* »⁹⁴⁷, avant de passer à celui du royaume. Ils n'étaient dès lors pas une émanation des tribunaux, et ne pouvaient donc y entrer pour y requérir la justice, que sur l'invitation expresse des magistrats du siège. La reconnaissance de la qualité de « *membre du parlement* » aux officiers du ministère public, par l'ordonnance d'octobre 1539, devait demeurer sans effet sur ce point, et Marcel Rousselet a pu écrire : « ...*qu'il est toujours resté quelque chose de l'origine du ministère public ; par exemple, la Magistrature assise s'est toujours considérée comme hiérarchiquement supérieure* »⁹⁴⁸. Cet état d'esprit a survécu à la chute de l'Ancien Régime, pour finalement se dissiper au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Dans son « *Histoire de la magistrature* », l'auteur a ainsi donné l'exemple du refus constant d'Antoine Séguier, Premier président de la cour d'appel de Paris de 1802 à 1848, de voir l'avocat général pénétrer dans la salle d'audience de la cour d'appel de Paris, avant le siège et de son propre mouvement⁹⁴⁹.

La seconde garantie, à savoir la prohibition des insignes religieux au sein des juridictions, paraît trouver son origine dans le processus de réduction de la compétence des juridictions ecclésiastiques, engagé par la justice royale à partir du début du XIV^e siècle⁹⁵⁰. Effectivement, la croix constituait alors le symbole de la juridiction épiscopale, et des clercs continuaient à siéger au sein des juridictions royales, en qualité de « *conseillers clercs* » ou de « *conseillers d'honneur* »⁹⁵¹.

⁹⁴⁶ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 23 ; J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 60 ; G. Cornu, *Magistrat, op. cit.*, 7^e éd., 2005, pp. 565-566.

⁹⁴⁷ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 60.

⁹⁴⁸ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, p. 213. L'auteur a également évoqué à la même page, l'exemple d'un usage resté longtemps en vigueur à la cour d'appel de Douai, et consistant à sonner pour appeler le ministère public, au moment où la cour allait entrer en audience.

⁹⁵⁰ P.-C. Timbal, *op. cit.*, pp. 393-395 ; J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, pp. 74-76.

⁹⁵¹ En principe, la qualité de « *conseiller d'honneur* » au sein des parlements, était reconnue à tous les représentants du haut clergé du ressort de chacun de ces derniers. Les « *conseillers clercs* » étaient titulaires, quant à eux, d'offices de judicature spécifiques. Une ordonnance de Charles VIII du 23 mars 1484, interdisait notamment aux laïcs d'occuper de telles charges. Cependant, les

L'interdiction des insignes religieux était en conséquence, une condition *sine qua non* de l'indépendance des juridictions royales vis-à-vis de l'Église, et elle se voyait confortée en ce sens par un adage non daté, selon lequel : « *La Justice du Roi est laïque* »⁹⁵². Cependant, il semble que cette prohibition, se soit également inscrite dans une perspective d'indépendance à l'égard du Pouvoir royal. En effet, sous l'Ancienne Monarchie, la magistrature accordait une très grande importance à la religion, et s'entendait sur l'essence divine de la justice royale déléguée. La sixième Mercuriale de l'Avocat général d'Aguesseau sur *Les Mœurs du magistrat*, prononcée le jour de la Saint-Martin de 1702 au Parlement de Paris, est à cet égard, particulièrement significative : « *A la vue de cet auguste Sénat, au milieu de ce temple sacré où le premier ordre de la Magistrature s'assemble en ce jour pour exercer sur lui, non le jugement de l'homme, mais la censure de Dieu même, par où pouvons-nous mieux commencer les fonctions de notre ministère qu'en vous adressant ces nobles et sublimes paroles que l'Écriture consacre à la gloire et à l'instruction des magistrats : « Juges de la Terre vous êtes des Dieux et les enfants du Très-Haut »* »⁹⁵³. Tout était dit : les magistrats se considéraient comme les représentants de Dieu sur Terre, et les tribunaux étaient leurs églises. Or, les édifices de culte apostoliques s'étaient vus attribuer la qualité de lieu d'asile, par les trois premiers canons du premier concile d'Orléans de 511⁹⁵⁴. Les juridictions royales se reconnaissaient donc par analogie, le même caractère. Cette conception ne semble pas avoir été remise en cause après 1789, malgré la parenthèse révolutionnaire. Ainsi, la cérémonie de la « *Messe rouge* » a continué à être organisée lors des rentrées judiciaires, jusqu'à son abolition définitive par une circulaire du 22 décembre 1900. Celle-ci avait pour particularité de se dérouler dans une dépendance des tribunaux, voire même dans une salle d'audience⁹⁵⁵. Si cette vision s'est progressivement estompée depuis le début du XXe siècle, le Dictionnaire de l'Académie française en fait encore état, en précisant que la formule : « *le sanctuaire*

« *conseillers clercs* » ne pouvaient devenir présidents à mortier au sein d'un parlement. Voir : M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 60.

⁹⁵² M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 60.

⁹⁵³ Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, pp. 64-65.

⁹⁵⁴ P. Timbal Duclaux de Martin, *Le droit d'asile*, Sirey, Paris, 1939, pp. 118-119. Cette qualité devait néanmoins être remise en cause, par l'ordonnance de Villers-Cotterêts sur « *le fait de la justice* » de 1539.

⁹⁵⁵ La messe fut dite jusqu'en 1829, pour la Cour de cassation, dans la chambre civile. De la même façon, pour la cour d'appel de Toulouse sous le Second Empire, elle se déroulait dans la Grand'Salle d'audience, où « *un autel restait toute l'année, mais dépouillés de ses croix et de ses cierges* ». Voir : M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 357.

des lois, de la justice », se dit au figuré, d'un « *tribunal, d'un lieu où l'on rend la justice* »⁹⁵⁶.

339. L'affirmation des tribunaux comme vecteur de l'indépendance des magistrats, vis-à-vis du Pouvoir royal, se trouvait complétée par deux garanties contre les intrusions armées. De telles interventions constituaient en effet le prélude à des arrestations, puis à révocations arbitraires. La première garantie consistait en une interdiction d'entrer en armes dans les juridictions. Cette règle se justifiait d'abord par le respect dû à la justice royale, et La Roche Flavin écrivait en ce sens : « *La raison estoit, pour posant à la justice souveraine du Roy...s'y soubsmettre volontairement, toute force ou resistance baissee. Qui estoit par celle ceremonie reconnoistre que sa Majesté seule n'estant justiciable que de Dieu, avoit de lui le glaive sur tous ses sujets* »⁹⁵⁷. Cette obligation était générale, et s'appliquait y compris aux plus hauts personnages du royaume, tels que les princes de sang, les pairs, les maréchaux de France et les gouverneurs de province. Ainsi, le Roi ayant été saisi d'un litige né du souhait du lieutenant du gouverneur des Cals, de pénétrer dans le parlement de Bordeaux accompagné de sa garde de Hallebardiers, il arrêta le 15 mai 1564, que les escortes des gouverneurs et de leurs lieutenant devaient demeurer à l'entrée de la grande salle du palais de justice. Les envoyés du monarque étaient eux-mêmes concernés. La Roche Flavin a ainsi donné l'exemple de l'injonction qui fut faite à un capitaine des garde de François I^{er}, le 1^{er} mars 1521, de laisser son épée aux huissiers du Parlement de Paris, avant de pouvoir remettre les lettres royales qu'il apportait⁹⁵⁸.

La seconde garantie résidait dans l'inviolabilité du domicile des magistrats, et il était sans doute possible d'y voir une contrepartie de l'obligation de résidence pesant sur ceux-ci. Cette protection emportait deux conséquences. D'une part, les magistrats étaient dispensés du logement des gens de guerre. Ce privilège qui bénéficiait aussi bien aux résidences urbaines que rurales, avait été initialement reconnu par un arrêt du Parlement de Paris du 15 septembre 1409. Il devait plus tard être consacré par une ordonnance de François II de 1560, prohibant : « *aux fourriers et Mareschaux des logis de loger aucuns gens-d'armes, soldats, Ambassadeurs, gens de la suite de la Cour, ni aucunes personnes és maisons des Presidens et conseillers,*

⁹⁵⁶ Dictionnaire de l'Académie française, t. 5, 8^e éd, 1932. Dans la même édition, et dans les éditions précédentes, il était indiqué que le terme « *sanctuaire* » était utilisé pour désigner : « *...Le lieu le plus saint d'un temple. Il se disait spécialement chez les Juifs de la Partie secrète du temple où reposait où reposait l'arche d'alliance...Il se dit, chez les chrétiens de la Partie de l'Eglise où est le Maître-Autel et qui est ordinairement entourée d'une balustrade* ».

⁹⁵⁷ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre X, chap. XXXV, p. 613.

⁹⁵⁸ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre X, chap. XXXV, p. 613. En définitive, les seules exceptions à cette interdiction, étaient le roi et les chevaliers de l'ordre de Malte.

et autres Officiers de la Cour de parlement »⁹⁵⁹. D'autre part, le domicile des magistrats était considéré comme un lieu d'asile. En ce sens, La Roche Flavin a fait état d'un arrêt du 18 juillet 1522, par lequel le parlement de Toulouse condamnait un lieutenant du guet pour avoir arrêté une personne dans le logement de « *Marssan, Conseiller qui porte franchise* ». La sentence prévoyait que le lieutenant : « *prendroit un nommé Jean de la Font par la main et l'amenroit à la maison du sieur de Marsaan, là où il l'avoit prins ; et après demanderois pardon audit de Maarsan* »⁹⁶⁰. Néanmoins, la portée de ce privilège devait être limitée au début du XVIIe siècle, afin de limiter les abus. A l'occasion d'une mercuriale, le parlement de Toulouse devait notamment décider que la résidence des parlementaires cesserait d'être reconnue comme lieu d'asile pour les malfaiteurs. L'autorité de police devait simplement demander l'autorisation du magistrat, avant d'entrer et d'appréhender la personne recherchée⁹⁶¹.

340. Les deux dernières garanties, destinées à prévenir toute intrusion armée dans les tribunaux et les résidences des magistrats, ne semblent pas avoir bénéficié du même respect de la part du Pouvoir royal. La doctrine fait état d'une seule violation grave de l'interdiction de pénétrer dans les juridictions en armes. Henri II était venu assister à une mercuriale organisée au Parlement de Paris, le 10 juin 1559, afin de régler un désaccord opposant la Tournelle à la Grand'Chambre, sur la place à attribuer en justice à la liberté de conscience. Plus précisément, il s'agissait de débattre du traitement répressif qui devait être réservé aux « *hérétiques* », au premier rang desquels, les personnes ayant épousé la religion réformée. Alors même qu'il avait invité les magistrats à s'exprimer librement, le roi fit arrêter plusieurs d'entre eux par le connétable de Montmorency, après s'être senti visé par certaines interventions. Un des conseillers arrêtés, Anne Dubourg, fut successivement torturé, condamné à mort par une juridiction d'exception, puis exécuté⁹⁶². Au-delà, il convient néanmoins de constater que l'interdiction ne s'appliquait pas lors des lits de justice. En effet, les nombreuses gravures réalisées entre le XVe et le XVIIIe siècle, représentent de manière systématique des hauts personnages et militaires portant des

⁹⁵⁹ Voir sur ce sujet : Marcel Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 16-17. Comme le relève l'auteur, ce privilège a plus ou moins survécu jusqu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Une circulaire du garde des Sceaux prise le 16 février 1946, en application de l'ordonnance du 11 octobre 1945, limitait effectivement les possibilités de loger des personnes dans les appartements des magistrats.

⁹⁶⁰ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre X, chap. XI, pp. 597-598.

⁹⁶¹ Le parlementaire ne devait pas, en principe, refuser l'entrée à l'autorité de police. Voir : M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁶² H. Martin-Sarzeaud, *Recherches sur l'inamovibilité de la magistrature*, Marchal, Billard et Cie, 1881, pp. 143-145 ; M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, pp. 193-196.

armes au sein de la salle d'audience⁹⁶³. La justification de cette exception, repose peut-être sur la nature des fonctions exercées. Le lit de justice avait pour objet l'enregistrement forcé des actes royaux, qui avaient donné lieu à des remontrances de la part d'un parlement. En reprenant sa délégation et en faisant enregistrer les actes concernés, le monarque ne contestait pas la compétence judiciaire du parlement, mais lui reprochait d'avoir excédé les pouvoirs extra-juridictionnels qui lui avaient été confiés. La juridiction perdait alors son caractère de maison des magistrats, pour devenir le temps de la cérémonie, celle du roi souverain et « *fontaine de justice* ». C'est ainsi qu'à l'occasion d'un lit de justice, tenu en 1658 au parlement de Dijon, un lieutenant des gardes fit changer les serrures des portes du palais, afin de mieux concrétiser cette fiction juridique⁹⁶⁴.

En revanche, l'inviolabilité du domicile des magistrats, est demeurée insuffisante pour prévenir les arrestations arbitraires. La dispense du logement des gens de guerre présentait, contre de telles atteintes, un champ d'application trop restreint. Quant à la reconnaissance du caractère de lieu d'asile aux maisons des parlementaires, l'étendue de ce privilège fut, ainsi que cela a été souligné précédemment, circonscrit au début du XVIIe siècle. Or, le nouvel état du droit semblait souffrir d'un paradoxe. Si la garantie cessait uniquement de bénéficier aux malfaiteurs, il convient cependant de rappeler que la présomption d'innocence n'était pas reconnue sous l'Ancienne Monarchie⁹⁶⁵, et que le roi continuait de retenir une partie de la justice royale, en sa qualité de « *fontaine de justice* ». Cela était d'autant plus juste, s'agissant des relations entre le monarque et les magistrats, que celui-ci devait légitimement prétendre pouvoir juger ces derniers, jusqu'au début du règne de Louis XVI⁹⁶⁶. L'histoire offre ainsi plusieurs exemples d'arrestations de parlementaires, intervenues à leur domicile. Lorsque les membres du Parlement de Paris décidèrent d'interrompre leurs travaux, pour s'opposer à l'enregistrement de la Déclaration du 24 mars 1751, modifiant le règlement des hôpitaux, le roi leur fit porter à chacun par ses mousquetaires, une lettre de cachet leur enjoignant de

⁹⁶³ Plusieurs gravures sont reproduites dans l'ouvrage de M. Rousselet : lit de justice de 1458 à Vendôme (t. 2, 256) ; lit de justice du 2 octobre 1614 au Parlement de Paris (t. 2, p. 353) ; lit de justice du 18 mai 1643 au Parlement de Paris (t. 2, p. 368) ; lit de justice du 7 septembre 1651 au Parlement de Paris (t. 2, p. 96) ; lit de justice du 12 septembre 1715 au Parlement de Paris (t. 2, p. 369) ; lit de justice du 6 août 1787 (t. 2, p. 345).

⁹⁶⁴ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 350. Dans son étude, l'auteur présente cet événement, comme l'illustration d'un « *usage* ».

⁹⁶⁵ Il faut attendre la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, pour voir consacré le principe de la présomption d'innocence : « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ».

⁹⁶⁶ Voir les discussions sur cette question : Partie I, Titre I, n° 111-116.

reprendre les fonctions ordinaires. Sous la menace, les audiences reprirent le 3 décembre 1751⁹⁶⁷. De la même façon, vingt ans plus tard, alors que le Parlement de Paris avait interrompu le cours de la justice, afin de protester contre la mise en œuvre de la réforme préparée par le Chancelier Maupeou, le Professeur Flammermont écrit : « *Dans la nuit du 19 au 20 janvier 1771, tous les membres du Parlement furent réveillés par des mousquetaires, qui leur présentèrent une lettre de cachet, leur intimant de reprendre leurs fonctions dès le lendemain et de prendre sur l'heure l'engagement, en donnant par écrit une réponse par oui ou non sans autre déclaration...La nuit suivante, tous ceux qui, la veille, avaient répondu par un refus aux injonctions du chancelier, reçurent deux lettres de cachet, l'une confisquant leur office, l'autre leur ordonnant de quitter immédiatement Paris et de se rendre dans l'endroit qui leur était désigné* »⁹⁶⁸.

2°) L'office permanent du magistrat

341. La permanence du magistrat dans son siège, résultant du lien particulier qui l'unit à son tribunal, se double d'une permanence dans son office. Dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, il est effectivement supposé revêtir, depuis l'Ancienne Monarchie, deux dimensions essentielles. D'une part, la prise en charge d'une fonction qui fut considérée jusqu'à la fin du XVI^e siècle, comme le premier attribut de la souveraineté, implique une certaine assimilation des magistrats aux plus hauts dignitaires de l'Etat. D'autre part, l'une des principales raisons à l'origine de la professionnalisation du personnel judiciaire, à savoir la connaissance du droit, a longtemps justifié le recrutement local de celui-ci.

342. Ainsi que cela a déjà été souligné dans l'introduction générale, le terme « *magistrat* » a successivement désigné, le titulaire de la souveraineté, puis à partir du XVI^e siècle, celui qui : « *après le souverain, est la personne principale de la République, et sur lequel se déchargent ceux qui ont la souveraineté* »⁹⁶⁹. En toute hypothèse, que le magistrat ait été le premier ou le second dignitaire du royaume, Achille Morin a encore pu écrire, l'année précédent la chute de la Monarchie de Juillet, que : « *dans les états monarchiques, le caractère du juge est une portion de la*

⁹⁶⁷ H. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, pp. 270-271.

⁹⁶⁸ J. Flammermont, *La réforme judiciaire du chancelier Maupeou*, mémoire de 1879, Alphonse Picard éditeur, Paris, 1880, p. 19 ; H. Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 308.

⁹⁶⁹ J. Bodin, *Les six livres de la République*. Extrait cité in J. Hautebert, *Magistrat*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 980.

majesté royale dont le prince se dépouille »⁹⁷⁰. Cette idée s'est trouvée matérialisée à partir du XIII^e siècle, par l'obligation faite aux magistrats, de porter le costume royal. Ce dernier apparaissait alors, comme la contrepartie de la délégation du pouvoir de rendre la justice. En effet, dans un discours prononcé le 6 octobre 1902 à la cour d'appel de Pau, le Substitut Chassain avait rappelé que les légistes admis à la *Curia in Parlamento* au XIII^e siècle, échangèrent la robe bourgeoise d'inspiration italienne contre la robe royale, lorsqu'ils accédèrent aux fonctions de jugement⁹⁷¹. Ce souci d'assurer la ressemblance des magistrats avec la personne du monarque, aurait été poussé si loin, que : « *annuellement, dans les temps anciens, les souverains donnaient leurs costumes aux conseillers* »⁹⁷². Dans ces conditions, La Roche Flavin a pu écrire avec justesse, que les parlements pouvaient être considérés sous l'Ancienne Monarchie, comme « *un vray pourtraict de sa majesté* »⁹⁷³.

Cette assimilation avait pour première conséquence, de faire bénéficier le magistrat d'une protection spécifique contre les diverses atteintes dont il était susceptible de faire l'objet. Il convient à cet égard de préciser que le port de la robe royale, restait un privilège dans l'exercice des fonctions juridictionnelles, dont étaient exclus les membres des tribunaux de bailliage et de sénéchaussée, ceux des sièges présidiaux⁹⁷⁴, les avocats⁹⁷⁵, les commissaires, et même les nobles⁹⁷⁶. A l'inverse, les parlementaires revêtaient celle-ci, non seulement dans l'accomplissement de leur mission, mais également à l'occasion de leurs déplacements sur la voie publique, et dans le cadre de leur vie familiale⁹⁷⁷. Comparables en cela aux ecclésiastiques, ils demeuraient des juges, même en dehors de leur tribunal. Or, il semblerait que les magistrats aient déduit de cette situation, une conception très prononcée de leur indépendance, dont La Roche Flavin s'est fait

⁹⁷⁰ A. Morin, *De la discipline des cours et tribunaux et des corporations d'officiers publics*, t. 1, Librairie Joubert, Paris, 2^e éd., 1847, p. 2. L'auteur présente ce propos comme un extrait du chapitre VI, livre VI, première partie « *De l'esprit des lois* » de Montesquieu.

⁹⁷¹ Chassain, substitut du procureur général, discours de rentrée prononcé le 6 octobre 1902 à la cour d'appel de Pau, *Gazette des tribunaux*, 1902, p. 955. Cité in R. Warlomont, *op. cit.*, p. 142.

⁹⁷² M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 325.

⁹⁷³ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre X, chap. XXV, pp. 604 et s., et livre XIII, chap. IV, pp. 681 et s..

⁹⁷⁴ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 325.

⁹⁷⁵ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 132.

⁹⁷⁶ L. Lyon-Caen, avocat général, *Le costume de la magistrature*, discours de rentrée prononcé le 16 octobre 1936 à la Cour de cassation, *Gazette des tribunaux*, n° 125, 1936, pp. 1-2.

⁹⁷⁷ Van Elewyck, procureur général, *La Mode du Palais*, Mercuriale prononcée en 1924 à la cour d'appel de Gand, *Bulletin juridique*, 1924, col. 72 ; L. Lyon-Caen, *Le costume...*, *op. cit.*, pp. 1-2.

l'écho en ces termes : «...c'est un merveilleux secret de Dieu et que les Juges doivent bien peser, que Dieu les maintient sous sa protection, non seulement contre la puissance humaine, mais aussi contre la puissance diabolique et des malins esprits. Les sorciers qui sont guidés et possédés par le diable ne peuvent aucunement nuire à ceux qui les poursuivent et persecutent, ni aux Juges, Magistrats et autres ministres et officiers de Justice »⁹⁷⁸. Selon le jurisconsulte, cette garantie dont bénéficiaient les magistrats, s'étendait y compris aux atteintes venant de l'Eglise, dans la mesure où ils ne pouvaient « être excommuniés pour ce qui concerne le fait de la justice, ni de leur charge »⁹⁷⁹.

343. Ainsi, les parlementaires n'avaient-ils à craindre que de Dieu et du roi. Mais le pouvoir de ce dernier se trouvait lui-même limité, en raison des privilèges qu'il avait été amené à leur concéder. En effet, en excluant la noblesse et le clergé de la *Curia in Parlamento*, et en accordant aux seuls magistrats le droit de porter son habit, le monarque avait élevé ceux-ci au rang des premiers « ordres de la nation ». Dès lors, à défaut de les reconnaître comme composantes d'un « quatrième ordre », placé au-dessus du Tiers état, la Couronne devait leur octroyer deux privilèges importants : l'exemption des charges militaires ; et le droit d'accession à la noblesse.

Il semble que l'exemption des charges militaires ait été consentie, pour la première fois, par une ordonnance du 5 mai 1465. Selon les termes de cette dernière, Louis XI décidait que les membres du Parlement de Paris : « ne sont tenus de mectre sus gens d'armes et de traict selon la valeur des terres et fiefs qu'ils possèdent »⁹⁸⁰. Ce texte fut par la suite complété par une ordonnance de 1480, exemptant du ban les mêmes magistrats, puis par une ordonnance de 1487, étendant ce privilège à l'arrière-ban pour les membres du parlement de Bordeaux. Cependant, il semble qu'un édit de Charles IX ait été nécessaire pour rendre cette exemption générale et perpétuelle, jouant désormais en faveur « du Chancelier, des Parlements et autres Officiers », et bénéficiant « pareillement à leurs femmes durant leur viduité et enfans durant leur minorité ». Ce privilège n'a pas été durablement touché par la Révolution française, et la loi du 27 ventôse an VIII, votée sous le Consulat, devait disposer que : « Les juges, suppléants, commissaires près les tribunaux ne pourront être requis à aucun service public » (art. 5). Dans son *Traité* de 1825, Guillaume Carré a justifié le maintien de cette exemption, et son extension au-delà des charges militaires, en jugeant qu'il : « serait contraire à la dignité du magistrat, non seulement qu'il pût être obligé de concourir à des actes étrangers à son offices, et

⁹⁷⁸ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre VIII, chapitre LVII, p. 528.

⁹⁷⁹ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre X, chapitre IV, p. 590.

⁹⁸⁰ Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 11.

incompatibles avec lui, mais encore d'y être obligé par l'autorité administrative, qui ne peut légalement exercer aucune influence sur les membres de l'ordre judiciaire »⁹⁸¹. Il faudra attendre l'avènement de la Monarchie de Juillet, pour voir réduite la portée de cette garantie. La loi du 22 mars 1831 devait effectivement déclarer incompatible avec le service de la garde nationale, les seules « *fonctions de magistrats investis du droit de la requérir, tels que...les Présidents de Cours et des tribunaux, les Procureurs et les substitués* » (art. 11). En revanche, les autres magistrats, et notamment ceux qui occupaient des fonctions du siège, conservaient uniquement la faculté d'obtenir une dispense de service (art. 28)⁹⁸². Cette évolution relative à l'exemption des charges militaires, s'est poursuivie par la suite, pour aboutir à lettre de l'article 12 alinéa 1er de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, suivant laquelle : « *Les magistrats ne peuvent, en dehors de leurs fonctions, être requis pour d'autres services publics que le service militaire* ».

A la différence du privilège précédent, le droit d'accession à la noblesse n'a pas prospéré, ni même survécu partiellement, après la chute de l'Ancien Régime. Pour autant, il paraît avoir contribué largement, à l'idée d'un ancrage territorial des magistrats. Selon La Roche Flavin, ce privilège trouverait son origine dans la jurisprudence de certains parlements. Ces derniers auraient effectivement commencé à juger, vers 1540, que le partage des successions se faisait noblement en pays de coutume⁹⁸³. En outre, l'extension aux magistrats de certains droits et franchises, jusqu'alors reconnus à la seule noblesse, aurait conduit certains d'entre eux à se déclarer nobles, dès l'acquisition d'un office de judicature. Cette pratique avait atteint une telle proportion à la fin du XVIe siècle, que Charles Loyseau pouvait écrire que : « *les officiers du parlement sont, à bon droit tenus pour nobles* »⁹⁸⁴. Dans ces conditions, le Pouvoir royal devait bientôt satisfaire le souhait des parlementaires. Sous leur pression, la régente Anne d'Autriche consentit à leur accorder la noblesse par un édit de 1644, avant que ce texte ne fût rapporté en 1669 par Louis XIV. Mais cette mesure destinée à sanctionner les magistrats, pour leur participation aux événements de la Fronde, fut elle-même remise en cause au nom de l'intérêt financier du royaume. Accorder la noblesse aux membres des parlements, était un moyen à la fois, de faire coïncider leur état avec le caractère souverain de leur fonction, et de valoriser substantiellement le prix des offices de judicature.

⁹⁸¹ G.L.J. Carré, *Les lois de l'organisation...*, *op. cit.*, p. 199.

⁹⁸² G.L.J. Carré, *Traité des lois...*, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁸³ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre X, chap. V, p. 591. .

⁹⁸⁴ C. Loyseau, *Cinq livres...*, *op. cit.*, livre I, chap. IX, p. 106, n° 23. Ce phénomène a néanmoins été critiqué par Voltaire, dans son « *Histoire du parlement de Paris* », 1769, chapitre LVIII. Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 5.

Aussi, deux déclarations de novembre 1690 et du 26 juin 1702, réputèrent « *nobles les Présidens, Conseillers... du parlement de Paris, ensemble leurs veuves demeurant en viduité, leurs enfants et descendans tant mâles que femelles nés et à naîtres en légitime mariage* ». Les conséquences étaient importantes sur le plan de l'attache territoriale, ces textes prévoyant que les personnes concernées : « *jouiraient des droits, privilèges, rangs et prééminences dont jouissaient les autres nobles* », et qu'elles bénéficieraient de : « *l'exemption, tant en aliénant, acquérant, par décharge et à toutes mutations, soit en ligne directe ou collatérale de tous profits des fiefs, lods, mi-lods, ventes, rachats, reliefs et généralement de tous droits seigneuriaux et féodaux qui pourraient être dus au Roi, à cause des ventes et acquisitions qu'ils pourraient faire des maisons, terres, seigneuries et autres héritages mouvant du domaine royal...* »⁹⁸⁵. Avec l'anoblissement, les magistrats ne se trouvaient donc plus seulement liés à une charge de judicature achetée et exercée au sein d'un parlement donné, mais également à un fief noble situé dans le ressort de ce dernier.

344. Au-delà de la dimension « souveraine » des magistrats, l'ancrage territorial de ces derniers a aussi longtemps résulté d'une exigence de compétence juridique. En effet, l'introduction des légistes dans la *Curia in Parlamento*, et la réduction de la justice seigneuriale, avaient notamment été justifiées à partir du XIII^e siècle, comme un moyen d'améliorer la qualité de la justice distribuée au sein du royaume.

Or, l'Ancienne Monarchie s'est trouvée caractérisée par l'extrême diversité du droit applicable suivant les territoires. Une bonne maîtrise des règles écrites et coutumières locales, apparaissait dans ce contexte, indispensable pour rendre ou requérir la justice. L'Avocat du roi Laurent Bigot, insistait d'ailleurs sur ce point en 1554, à propos du parlement de Normandie : « *Ce pays se gouverne par coutumes, usages, stille et ordonnances, lesquelles ne se peuvent comprendre, sinon par ceulx qui ont vacqué à la pratique ; et l'ignorance des choses susdictes est fort périlleuse ; car les advocatz en plaidant et escripvant les matières, usant des termes propres, lesquelz ont une certaine emphase et signification, si les conseillers n'entendent les dictz termes, impossible est qu'ilz puissent comprendre le faict pour en donner jugement, parce qu'ilz auront ouy ou veu d'eulx mesmes du plaidoyé escript et pièces du proceds* »⁹⁸⁶. Jusqu'en 1789, les compagnies judiciaires ont globalement été en mesure de s'assurer du recrutement local des magistrats, grâce au système de l'élection par les pairs, puis au développement de la patrimonialité des offices. Néanmoins, le monarque a toujours entendu conserver une certaine latitude

⁹⁸⁵ Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 5.

⁹⁸⁶ Registre secret du parlement de Normandie, 2 juin 1554. Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 252.

dans les nominations, entraînant certains conflits avec les parlements. Ainsi, dans une remontrance adressée à François I^{er} en 1517, le Procureur du roi du bailliage de Rouen, Robert Langlois, demandait : « *Que son plaisir feust, désormais pourveoir en la Court de parlement de gens du pays, quand il y aurait aulcunes conseilleries vacquantes* »⁹⁸⁷. Selon les chiffres avancés par le Premier président Rousselet, ces remontrances auraient eu un effet relatif, puisque sur les quatre-vingt-cinq conseillers nommés au parlement de Rouen entre 1515 et 1543, trente venaient de l'extérieur. De la même façon, le parlement de Rennes s'est souvent élevé contre l'obligation qui lui avait été faite, lors de sa création en 1554, d'être composé pour une moitié de magistrats « *originares* », et pour l'autre de parlementaires « *extraprovinciaux* »⁹⁸⁸.

L'unification du droit applicable sur le territoire national, consécutive à la Révolution française et à la « *rédaction napoléonienne des Codes* », ne s'est pas traduite par une remise en cause du recrutement local. Le code civil notamment, a continué à renvoyer aux usages locaux, le règlement de certaines questions de droit⁹⁸⁹. En outre, des régions ont conservé un particularisme culturel extrêmement marqué, jusqu'à la Première Guerre mondiale, certaines franges de leur population connaissant parfois, uniquement le patois local. Dans ces conditions, le recrutement régional a encore été défendu au sein des assemblées parlementaires, pendant toute la durée de la Monarchie de Juillet. Ainsi, l'ancien Procureur Jacquinot-Pampelune, déclarait devant la Chambre des députés, le 1^{er} octobre 1830 : « *Vous n'aurez une véritable Magistrature que lorsque chaque arrondissement pourra vous présenter pour l'exercer des hommes qui appartiennent à la localité et qui, par leur position locale, y aient acquis leur confiance* »⁹⁹⁰. Douze années plus tard, devant la Chambre des pairs, le Premier président de Daunant, soulignait : « *Il y a avantage à ce que le magistrat tienne un peu au sol où il exerce ses fonctions et il est regrettable de voir des magistrats du Nord aller siéger dans le Midi sans qu'ils connaissent les mœurs et les habitudes des justiciables* »⁹⁹¹. Pour l'anecdote, il semble que cette conception ait été si vivace au début du Consulat que, lorsqu'il fut chargé de former le Tribunal de cassation au mois de germinal an VIII, le Sénat crut devoir donner à celui-ci, une

⁹⁸⁷ Registre de l'hôtel de ville de Rouen, 5 août 1517. Cité in A. Floquet, *Histoire du parlement de Normandie*, t. 1, E. Frères, Rouen, 1840, p. 455.

⁹⁸⁸ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 60.

⁹⁸⁹ Il est possible de citer, à titre d'illustrations, les articles 1736 et 1745 du code civil, toujours en vigueur.

⁹⁹⁰ Intervention du Député Jacquinot-Pampelune, ancien procureur général près la cour royale de Paris, séance du 1^{er} octobre 1830, Chambre des députés, Moniteur du 2 octobre 1830.

⁹⁹¹ Intervention du pair de Daunant, premier président de la cour royale de Nîmes, séance du 24 mai 1842, Chambre des pairs, Moniteur du 25 mai 1842.

composition représentative des grandes divisions territoriales de la France⁹⁹². Il faudra finalement attendre l'avènement de la III^{ème} République, pour que le recrutement local tombe en désuétude, victime de la méfiance du nouveau régime, et de l'exigence croissante d'impartialité du personnel judiciaire⁹⁹³.

B . La stabilité liée à la fonction institutionnelle du magistrat

345. Si la fonction juridictionnelle permet d'expliquer la stabilité des magistrats du siège, celle-ci se trouve également confortée par leur rôle institutionnel. L'institution judiciaire se distingue effectivement des Pouvoir exécutif et législatif, par son caractère largement déconcentré, et sa composition théoriquement plus neutre. Deux conséquences découlent de ces spécificités. Le juge jouit d'une part d'une permanence locale, en raison de la fonction qui lui a longtemps été dévolue à cet échelon, de représentation de l'Etat central (**1°**). Mieux préservé des contingences politiques, il bénéficie d'autre part d'une permanence nationale, lui permettant d'assurer la continuité de l'Etat (**2°**).

1°) La permanence locale de la magistrature

346. Le XIX^e siècle a vu prospérer, jusqu'aux environs des années 1880, une magistrature de notables, c'est à dire composée : « *des principaux et des plus considérables d'une Ville, d'une Province, d'un Etat* »⁹⁹⁴. Effectivement, les régimes qui se sont succédés au cours de cette période, se sont caractérisés par un même conservatisme social : le Consulat, le Premier Empire, la Restauration, la Monarchie de Juillet, la République de l'ordre moral, la République décennale, le Second Empire, et la République des « *ducs* ». Le pouvoir central entendait alors disposer, sinon de relais territoriaux destinés à promouvoir sa politique, au moins d'auxiliaires ayant à cœur le maintien de l'ordre établi. Or, en raison de la nature de leurs fonctions, les magistrats bénéficiaient déjà d'une certaine aura vis-à-vis des populations relevant du ressort de leur juridiction. Les gouvernements successifs, ont en conséquence cherché à renforcer l'emprise territoriale de la magistrature, en doublant son autorité professionnelle d'une autorité sociale. Deux moyens devaient

⁹⁹² Boyer, président de chambre à la Cour de cassation, « *souvenirs et causeries* », 1844, p. 133. Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 254.

⁹⁹³ Déjà, dans un opuscule anonyme publié en 1839, avait été critiqué le fait : « *au point de vue administratif de permettre qu'un individu soit fonctionnaire dans son pays et surtout fonctionnaire de l'ordre judiciaire. A chaque instant et à son insu l'action du juge et surtout celle du membre du parquet sera arrêtée par des considérations de famille, d'affection et même par des relations de société lorsqu'elles dateront de loin* ». Cité in *ibid.*, p. 255.

⁹⁹⁴ Dictionnaire de l'Académie française, t. 5, 6^e éd., 1832.

permettre d'atteindre cet objectif : favoriser une magistrature de propriétaires ; et admettre une magistrature familiale.

347. La figure du « magistrat-proprétaire »⁹⁹⁵ s'inscrit d'une certaine manière, dans la mise en place d'une « aristocratie des riches », dénoncée par Marat en 1790⁹⁹⁶. En effet, elle rejoint dans sa nature et sa finalité, la distinction entre citoyens actifs et citoyens passifs, opérée par l'Abbé Sieyès dans son premier projet de Déclaration, présenté au comité de Constitution les 20 et 21 juillet 1789. Seuls les citoyens disposant d'un certain niveau de revenus, étaient jugés suffisamment capables pour participer à la « formation des pouvoirs publics »⁹⁹⁷. Mais « le pays légal » représentait alors avant tout, « la propriété terrienne au détriment de la richesse industrielle ou commerciale »⁹⁹⁸. Cette supériorité conférée à la propriété terrienne, ressort clairement des modalités de détermination du cens électoral, entre 1791 et 1848. Sous la Monarchie constitutionnelle, la qualité d'électeur était ainsi subordonnée à celle de : « propriétaire ou usufruitier d'un bien évalué sur les rôles de contribution...ou...locataire d'une habitation évaluée sur les mêmes rôles », voire même dans les campagnes, à celle de : « fermier ou métayer de bien évalués sur les mêmes rôles »⁹⁹⁹. Pendant la Restauration et la Monarchie de Juillet, le cens se trouvait de la même façon calculé sur la base de quatre impôts directs remontant au Directoire, parmi lesquels : l'impôt foncier, la personnelle mobilière, ou encore les portes fenêtres¹⁰⁰⁰. Or, il est extrêmement intéressant de relever que le défaut de propriété, a été l'une des raisons du refus d'extension de l'inamovibilité aux magistrats d'Outre-mer. C'est ce que prenait soin de souligner une note de 1895 à l'intention du garde des Sceaux, en s'appuyant sur un rapport réalisé par un procureur à Alger, en 1850. D'après ce rapport, le magistrat métropolitain se distinguait par une « existence faite en dehors de tout traitement », le conduisant à concevoir ses fonctions comme « le lieu honorable et tranquille des habitudes et des

⁹⁹⁵ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 647.

⁹⁹⁶ Marat, *L'ami du Peuple*, 30 juin 1790. Cité in M. Morabito, D. Bourmaud, *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 5^e éd., 1998, p. 62.

⁹⁹⁷ Sous l'intitulé : « Reconnaissance et exposition raisonnée des citoyens passifs et actifs », le projet disposait que : « Tous les habitants d'un pays doivent jouir des droits de citoyen passif : tous ont droit à la protection de leur personne, de leur propriété, de leur liberté, mais tous n'ont pas droit à prendre une part active dans la formation des pouvoirs publics...Ceux-là seuls qui contribuent à l'établissement public sont comme les vrais actionnaires de la grande entreprise sociale. Eux seuls sont les véritables citoyens actifs ».

⁹⁹⁸ M. Morabito, D. Bourmaud, op. cit., p. 184.

⁹⁹⁹ Article 7 de la section II, du chapitre I, du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791.

affections dont il ne changera jamais », et à se comporter en conséquence, avec un « *calme impartial, modération, sagesse, dignité, instinct profond d'équité et d'ordre* ». A l'inverse, les magistrats coloniaux étaient réputés appartenir à une magistrature de « *migration* », composée de « *fonctionnaires sans fortune ou qu'il a fallu déplacer* », ainsi que d'esprits « *inquiets, entreprenants, aventureux, difficiles* »¹⁰⁰¹. Pour résumer, la magistrature amovible d'Outre-mer regroupait « *des hommes pour lesquels il n'y avait point de place dans la métropole* »¹⁰⁰², tandis que la magistrature inamovible de l'hexagone devait comprendre des « *propriétaires aisés (invités) à rentrer dans une carrière d'honneur et de considération* »¹⁰⁰³.

A partir de la Monarchie de Juillet, la propriété terrienne va être regardée par le Pouvoir politique, non plus seulement comme une condition de capacité pour l'entrée dans la magistrature, mais également comme une garantie de la propriété privée. Suite à la « *note de Schönbrunn* » adressée par Napoléon à Cambacérès, le 29 septembre 1809, la loi du 8 mars 1810 était venue consacrer la compétence exclusive du juge judiciaire, pour évaluer le montant de l'indemnité en cas d'expropriation, et pour prononcer le transfert de propriété. De ce texte, devait implicitement résulter le « *principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'autorité judiciaire est compétente pour la propriété* », dégagé cent quatre-vingt années plus tard par le Conseil constitutionnel¹⁰⁰⁴. Une partie de la classe politique jugeait cependant cette loi insuffisante, et mettait en exergue l'intérêt qu'il y avait à favoriser le recrutement de personnes, possédant déjà d'un certain patrimoine. A l'occasion d'une intervention devant la Chambres des députés, le 20 décembre 1831, Adolphe Thiers déclarait ainsi : « *On ne peut pas donner à la propriété de meilleurs*

¹⁰⁰⁰ Articles 40 de la Charte du 4 juin 1814, et 34 de la Charte du 14 août 1830. Voir aussi : M. Morabito, D. Bourmaud, *op. cit.*, p. 184.

¹⁰⁰¹ Extraits du rapport, cités in B. Durand, *Un dogme soumis « à la force des choses » : l'inamovibilité des magistrats Outre-mer*, Revue historique d'histoire du droit, n° 82, avril-juin 2004, p. 249.

¹⁰⁰² Extrait du rapport sur : *L'organisation et l'administration de la justice sur la côte septentrionale d'Afrique*. Cités in *ibid.*, p. 246.

¹⁰⁰³ Plus précisément, la section de législation du Tribunat avait estimé en l'an XIII, qu'il fallait : « *exciter les propriétaires aisés à rentrer dans une carrière d'honneur et de considération* ». En revanche, à la même époque, deux habitants des Basses-Alpes se seraient vus refuser l'accès à la magistrature : « *Blanchard, car il ne possède rien et ne paye aucune imposition et Fabre qui n'offre pas plus de garantie que Blanchard, car il ne possède rien* ». Cités par J. Bourdon, *La magistrature sous le Consulat et l'Empire*, t. 1, Carrère, Rodez, 1942, p. 261.

¹⁰⁰⁴ CC, décision n° 89-256 DC, du 25 juillet 1989, « *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles* », cons. 16.

juges que la propriété elle-même »¹⁰⁰⁵. Sept ans plus tard, à la Chambre des pairs, le Garde des Sceaux Barthe, devait lui-même abonder en ce sens : « *Il est vrai que les magistrats des tribunaux inférieurs sont mal rétribués, mais il faut dire, ce n'est pas dans les personnes privées de tous moyens de fortune que le choix des magistrats doit être fait. La justice est chargée de protéger la propriété ; elle participe aux intérêts de la propriété et de l'ordre...Le devoir est, autant que possible, de les prendre parmi les individus qui ont déjà quelques moyens d'existence* »¹⁰⁰⁶.

348. Pour autant, il ne semble pas que le Pouvoir législatif ou exécutif ait jamais réglementé le niveau de patrimoine nécessaire, pour l'entrée dans la magistrature. Il s'est en revanche souvent abstenu de revaloriser le traitement des membres du corps judiciaire. Dans ces conditions, le premier président de la cour royale de Nîmes, constatait avec justesse le 19 mai 1842, devant la Chambre des pairs : « *Il est absolument impossible qu'un magistrat se contente de son traitement* »¹⁰⁰⁷. Cette situation tranchait radicalement avec l'état pécuniaire des magistrats sous l'Ancienne Monarchie. Afin de suppléer l'irrégularité du paiement des gages par le trésor royal, les tribunaux avaient très tôt dénaturé la pratique des épices. Par deux arrêts du Parlement de Paris, rendus les 12 mars 1369 et 4 juillet 1371, il fut ainsi décidé que les juges ne prendraient plus « *les espices, en espèces, mais en argent comptant* ». Puis, il semblerait que les épices aient commencé à être taxées à partir du procès de l'évêque de Condom, survenu en 1446¹⁰⁰⁸. Au cours des siècles suivants, seule la réforme judiciaire engagée par le Chancelier Maupeou, devait chercher à supprimer le système des épices, au profit de gages versés périodiquement, dans les conditions prévues par l'édit du 12 avril 1771¹⁰⁰⁹.

Avec la Révolution, marquée par la suppression des épices et l'affirmation de la gratuité de la justice, l'état pécuniaire des juges devait se trouver bouleversé. Les difficultés du moment engendrèrent même certaines situations baroques. Pour illustration, dans sa lettre de démission adressée le 11 fructidor an III au comité de législation de la Convention nationale, le Juge de paix Fialin écrivait : « *J'ai dépensé tout ce que j'avais avant de rien demander ; les délais qu'on a mis à satisfaire à mes*

¹⁰⁰⁵ Séance du 20 décembre 1831, Chambre des députés, Moniteur du 31 décembre 1831. Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 227.

¹⁰⁰⁶ Séance du 4 avril 1838, Chambre des pairs, Moniteur du 5 avril 1838. Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 222.

¹⁰⁰⁷ Séance du 19 mai 1842, Chambre des pairs, Moniteur du 25 mai 1842. Cité in *ibid.*, p. 222.

¹⁰⁰⁸ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre II, chap. XXII, p. 193.

¹⁰⁰⁹ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 233. Cette réforme a cependant été rapportée le 12 novembre 1774.

*réclamations que je crois justes, m'ont forcé à vendre un petit mobilier pour donner du pain à mes enfants ; il ne me reste qu'un matelas... »*¹⁰¹⁰. Trois ans plus tard, l'exposé des motifs de la loi du 27 floréal an VI justifiait l'augmentation des traitements, « *pour arracher les magistrats à un état de détresse qu'il importe de faire cesser* ». Dans une lettre au ministre de l'intérieur, le commissaire du Directoire près l'administration centrale de Dyle, jugeait encore, le 17 brumaire an VII : « *Je crois que le département de la Dyle est un de ceux où l'arriéré est le moins conséquent : car, dans le moment actuel, il n'est dû aux juges sur l'an VI que quatre mois et demi* ». Il faut attendre le Consulat pour voir mieux encadrés les émoluments des magistrats, avec l'intervention de la loi du 7 ventôse an VIII, et des décrets des 16 juillet 1804, 20 juin 1806, et 30 janvier 1811. Mais là encore, les traitements au sein de la magistrature sont demeurés très insuffisants jusqu'à la loi du 30 août 1883, et seuls cinq textes importants sont venus revaloriser ceux-ci, entre 1811 et 1919¹⁰¹¹. Dans ces circonstances, les magistrats non propriétaires se trouvaient souvent affectés par la pauvreté, y compris parmi les plus hauts grades de la hiérarchie judiciaire¹⁰¹².

349. Invités par le Pouvoir politique à être des propriétaires terriens, les magistrats l'étaient également à exercer ces fonctions de père en fils. Le Professeur Royer a ainsi souligné cet état des choses : « *On les a décrites ces familles judiciaires dont l'histoire commence dans les années 1830 et où l'on descend plus des magistrats que des propriétaires mais où, en revanche, on épouse davantage des filles de propriétaires que des filles de magistrats, mais aussi des familles pour lesquelles, toutes causes confondues, la priorité va à la propriété, à la propriété vraie marque de notabilité par la puissance économique qu'elle recèle et garantie suprême de réussite sociale et professionnelle, mais aussi à la propriété qu'il convient de défendre contre les atteintes du dehors* »¹⁰¹³.

Afin de favoriser le maintien des enfants de magistrats dans le corps judiciaire, la solution la plus appropriée consistait à renouer avec la résignation *in favorem*, issue de l'Ancienne Monarchie. Admise par le Pouvoir, cette pratique semble avoir été rétablie sous la Restauration, pour disparaître à la veille de la Première Guerre

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 235.

¹⁰¹¹ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 647 ; M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 236-237.

¹⁰¹² Voir les développements consacrés par M. Rousselet, sur le sujet : *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 224.

¹⁰¹³ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 527.

mondiale¹⁰¹⁴. Ainsi, dans la première année du Second Empire, le Juge Colette de Baudricourt devait quitter volontairement ses fonctions au tribunal de la Seine, une année avant l'âge légal de la retraite, sous réserve que son fils soit nommé juge suppléant au sein de la même juridiction. Dix-sept ans plus tard, le Conseiller à la cour d'appel de Paris, Brault, était mis à la retraite par le même décret du 19 mai 1870, qui nommait son fils substitut au tribunal de Meaux. Le Conseiller à la Cour d'appel de Paris, Sannac, choisit de démissionner sept ans après le retour de la République, afin de permettre la nomination de son gendre comme juge au tribunal de la Seine. Enfin, le Conseiller à la cour d'appel de Nancy, Gégout, prit sa retraite le 27 avril 1912, pour que son fils soit nommé substitut du procureur général près la même juridiction. En revanche, les résignations à titre vénal, ont été vivement condamnées par le Pouvoir politique. Une circulaire du Garde des Sceaux Peyronnet, datée du 27 avril 1822 et destinée aux chefs de juridictions, prévoyait que : « ...*les places de la magistrature ne sont point vénales et ne sauraient être l'objet d'aucun traité pécuniaire. Dans le cas de démission ou de demande d'admission à la retraite d'un magistrat, il faut prendre les informations les plus scrupuleuses pour découvrir si elle n'est pas intéressée* ». Le Ministre ajoutait qu'il ferait « *révoquer les magistrats amovibles qui auraient conclu de telles conventions et (chargerait) le procureur général de provoquer des peines de discipline contre les magistrats inamovibles* »¹⁰¹⁵. De fait, sous le contrôle étroit de la chancellerie, prolongé par la surveillance exercée par les chefs de cours et le ministère public au sein des juridictions, la tentative de rétablissement de la vénalité des charges, paraît avoir définitivement échoué à la fin de la Monarchie de Juillet¹⁰¹⁶.

Au-delà de leur tolérance bienveillante vis-à-vis de la résignation *in favorem*, les gouvernements successifs ont également favorisé la présence concomitante de plusieurs membres d'une même famille, au sein de la magistrature. Proche du Pouvoir, le Premier président de la Cour de cassation de 1829 à 1852, Portalis, déclarait ainsi en 1840 : « *Nous croyons fermement que la maison paternelle est plus favorable aux études sérieuses, plus propre à disposer aux habitudes d'ordre et de régularité le fils d'un magistrat ou d'un jurisconsulte que tout autre séjour... Nous croyons fermement qu'il est utile à la société et qu'il importe à la bonne composition des tribunaux, qu'un certain nombre d'individus se voue à la profession qu'ont*

¹⁰¹⁴ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 196-197 ; J.-L. Debré, *La justice au XIXe siècle...*, *op. cit.*, pp. 148-150.

¹⁰¹⁵ J.-L. Debré, *La justice au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰¹⁶ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 194-195 ; J.-L. Debré, *La justice au XIXe siècle...*, *op. cit.*, pp. 22-23.

honorée ou illustrée leur père »¹⁰¹⁷. Cette conception de la magistrature n'était d'ailleurs pas nouvelle, et déjà sous l'Ancien Régime, La Roche Flavin prenait soin de rappeler que : « *Au mois de février 1597, sur le jugement des informations d'offices des vies, et mœurs, des Sieurs de Nupces et de Masnau pourvus d'offices de Conseillers au parlement de Tholose, fut dit, et délibéré, que suivant l'ancienne coutume et privilège des fils des Presidents et Conseillers de la Cour, ledit de Nupces comme fils de conseiller, seroit préféré à l'examen, s'il estoit prest* »¹⁰¹⁸. En accordant le privilège de l'anoblissement aux magistrats, à la fin du XVIIe siècle, le Pouvoir royal vint nécessairement conforter la jurisprudence des parlements, dans la mesure où le bénéfice du titre nobiliaire revêtait un caractère graduel. Une famille de parlementaires devenait noble à la troisième génération, après que le premier titulaire de la charge, imité par son fils, ait exercé les fonctions afférentes pendant vingt ans au sein de la même juridiction. Au lendemain de la Révolution, les régimes successifs devaient chercher à renouer avec l'esprit du droit antérieur. Une instruction de la chancellerie prise en 1807, invitait ainsi les chefs de juridictions à préciser, à l'occasion d'une transmission de candidature à un poste vacant, le nom et les fonctions des parents et alliés du postulant. Dans ces conditions, 43% des magistrats étaient fils de magistrat sous la Monarchie de Juillet, et en 1901 encore, près de 45% des conseillers à la Cour de cassation, étaient enfants de magistrat, d'avocat, de notaire ou d'avoué¹⁰¹⁹. De fait, il arrivait souvent que les membres d'une même famille, exercent leurs fonctions au sein de la même région. Ce fut par exemple le cas pour le Comte Portalis, son fils et son cousin, qui siégèrent pendant plus de quinze ans dans le même ressort de la cour d'appel de Paris¹⁰²⁰. Mieux encore, l'interdiction faite aux magistrats d'une même famille d'appartenir à une même juridiction¹⁰²¹, semble avoir connu de nombreuses entorses au XIXe siècle. A titre d'illustration, Antoine Séguier et son fils Armand, furent respectivement premier président et conseiller à la cour d'appel de Paris, entre 1830 et 1848. De la

¹⁰¹⁷ Moniteur du 9 juillet 1840, Le Droit, 10 juillet 1840. Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 317, et in J.-L. Debré, *La justice au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁰¹⁸ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre X, chap. XVII, p. 600.

¹⁰¹⁹ Chiffres donnés par J.-L. Debré, *La justice au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰²⁰ Son fils, Etienne Portalis, fut nommé successivement aux fonctions de conseiller auditeur à la cour d'appel de Paris, en 1828, de juge au tribunal de la Seine en 1833, et de conseiller à la même cour en 1839, avant de décéder en 1842. Son cousin, Auguste Portalis, entra comme juge au tribunal de la Seine en 1828, fut nommé conseiller à la cour d'appel de Paris en 1837, puis démissionna des fonctions de procureur général dans lesquelles il venait d'être désigné, en 1848.

¹⁰²¹ Ordonnance d'Orléans de 1566, ordonnance de Moulins de 1561, loi du 11 septembre 1790, et loi du 20 juillet 1810.

même manière, le Juge Renard a siégé de 1865 à 1896 au tribunal de Loches, alors présidé par son beau-père¹⁰²².

2°) La permanence nationale de la magistrature

350. Parallèlement à la fonction sociale qui lui est impartie au niveau local, la magistrature occupe également une position importante dans l'échiquier national. Déléataire du premier attribut de la souveraineté sous l'Ancienne Monarchie, elle continue depuis sa chute, d'être identifiée à l'un des pouvoirs qui en constituent la « *trinité mystérieuse* ». Plus précisément, qu'il soit accepté ou refusé par le Pouvoir politique, ce « pouvoir judiciaire » est traditionnellement incarné par « *la magistrature inamovible, la magistrature assise* »¹⁰²³. Cette situation se justifie non seulement par la nature des fonctions de jugement, mais également par la permanence des magistrats dans leur exercice. Une fois nommé, le magistrat inamovible a longtemps eu vocation à occuper un siège jusqu'à son décès ou à son départ en retraite. Cependant, si la Couronne a conservé jusqu'à la Révolution, en raison de la fixité attachée à la personne royale, une continuité n'ayant rien à envier à celle de la magistrature, il en est allé différemment pour le Pouvoir politique après 1789. Cette opinion vaut également, de manière assez paradoxale, pour les pairs et sénateurs inamovibles. Désignés dans le cadre d'un régime déterminé, leur mandat est resté étroitement lié à la durée de vie de la chambre haute, au sein de laquelle ils étaient amenés à siéger. Il s'agit là d'une réalité dont a été victime, y compris le très indépendant Adolphe Vuitry, « *ministre président le Conseil d'Etat* » entre 1864 et 1869. Entré au Sénat après avoir démissionné de cette fonction, il devait pouvoir affirmer quelques années plus tard, non sans humour : « *J'ai été sénateur inamovible : je l'ai été treize mois !* »¹⁰²⁴. Le haut personnel judiciaire semble avoir bénéficié en comparaison, d'une stabilité plus importante au cours des deux derniers siècles, aussi bien lors des changements de régime, que de gouvernement.

351. Il serait erroné de réduire l'étude de l'inamovibilité à chaque changement de régime, aux mesures d'épuration dont la magistrature a

¹⁰²² J.-L. Debré, *La justice au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁰²³ J. Barthélémy, P. Duez, *op. cit.*, p. 845. Déjà cité in Introduction de la Partie I, Titre I, n° 39 de la thèse.

¹⁰²⁴ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque (1799-1974)*, éd. du CNRS, Paris, 1974, p. 525. Le record de longévité, en qualité de sénateur inamovible dans une même chambre haute, semble appartenir à Emile de Marcère. Elu par l'Assemblée nationale au début de la IIIe République, il devait conserver son siège jusqu'à son décès, survenu en avril 1918. Pour autant, la loi constitutionnelle du 14 août 1884 avait supprimé l'institution des sénateurs inamovibles, et seules des considérations politiques ont permis la disparition du corps par voie d'extinction.

systématiquement fait l'objet. Les régimes successifs, soucieux de préserver la continuité de l'Etat, ont toujours procédé à un renouvellement seulement partiel du personnel judiciaire. La période de la Révolution, caractérisée par un passage au système électif, puis un retour au pouvoir de nomination gouvernemental, n'a pas fait exception. Malgré la suppression des juridictions de l'Ancien Régime, il semble que de nombreux membres des anciens parlements aient été désignés à l'occasion des élections des mois de novembre et décembre 1790. Dans son *Histoire de la magistrature*, le Premier président Rousselet a pu juger à propos de celui-ci, que : « *Le premier qui fut élu juge de l'un des tribunaux d'arrondissement de Paris fut Fréteau, par 372 voix sur 626 électeurs. On récompensait ainsi le premier conseiller au parlement de Paris rallié aux idées nouvelles... Dans cette élection d'ailleurs, sur 626 suffrages, 484 étaient allés à d'anciens membres du parlement de Paris* »¹⁰²⁵. Le même auteur a opéré le même constat, s'agissant des membres des juridictions inférieures, soulignant que : « *Dans certains districts où le personnel des anciennes juridictions avait connu grande autorité, les électeurs nommèrent des juges qui avaient siégé dans les bailliages ou dans le présidiaux de la localité* »¹⁰²⁶. Sous le Consulat, lorsqu'il fut question de nommer à nouveau les magistrats, Napoléon Bonaparte devait encore privilégier l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ainsi que l'objectif de réconciliation nationale. Le Premier président de la cour d'appel de Paris, jugeait alors : « *De même que lorsqu'il réglait les détails de l'organisation judiciaire, il avait, en amalgamant avec soin et prudence les usages parlementaires et les innovations révolutionnaires, donné à la Magistrature cette armature solide qui subsiste encore de nos jours, de même pour le personnel judiciaire, Napoléon opéra le même mélange et il nomma aux fonctions de sa nouvelle Magistrature d'anciens parlementaires... en même temps que des hommes que la Révolution avait mis en valeur* »¹⁰²⁷. Suivant ce raisonnement, le premier président de l'ancien parlement de Flandre, Haubersart, fut nommé premier président de la cour d'appel de Douai, tandis que le président à Mortier du parlement de Grenoble, était nommé à la première présidence de la nouvelle cour d'appel établie dans cette même ville.

Une fois fixé le mode de désignation, la permanence de la magistrature va progressivement se renforcer jusqu'à aujourd'hui, le Premier président Rousselet soulignant à la veille de la V^{ème} République, que : « *Malgré les épurations successives du Corps judiciaire, spécialement en 1807, 1815, 1848, 1883 et 1940, il est indéniable cependant que durant tout le XIXe siècle et les quarante premières*

¹⁰²⁵ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 132.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, p. 179. Voir également : J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, pp. 458-459.

années du XXe siècle, la Magistrature assise a joui d'une grande stabilité et que l'inamovibilité était loin d'être une formule périmée »¹⁰²⁸. Pendant cette période, le passage de la Monarchie de Juillet à la Seconde République paraît avoir joué un rôle majeur. Désormais, les magistrats inamovibles étaient maintenus dans le corps judiciaire en cas de changement de régime politique, sans avoir à faire l'objet d'une nouvelle institution¹⁰²⁹. A l'inverse, la cessation des fonctions, notamment par voie d'épuration, se trouvait réduite au rang d'exception. Dans ces conditions, une partie non négligeable de la magistrature s'est inscrite dans un processus de carrière, y compris au sein des plus hauts grades de la hiérarchie, pourtant largement exposés à l'influence du pouvoir. Antoine Séguier, nommé premier président de la cour d'appel de Paris, le 17 frimaire an XI, a par exemple conservé la tête de cette juridiction, jusqu'à son décès survenu le 3 août 1848. Il avait résisté au Consulat, au Premier Empire, à la Première Restauration, aux Cent-Jours, à la Seconde Restauration, à la Monarchie de Juillet, et à la Seconde République. De la même façon, le Comte Portalis avait accédé à la première présidence de la Cour de cassation en 1829, sous Charles X, pour la quitter en 1852, seize jours après l'avènement de Napoléon III. Enfin, Adrien Devienne, nommé premier président de la Cour de cassation à la fin du Second Empire, prit sa retraite en 1877 seulement, sous la III^{ème} République, en dépit de sa participation aux « *commissions mixtes* ».

352. Au-delà de l'examen des courtes périodes correspondant aux changements de régimes politiques, la permanence de la magistrature ressort également de l'analyse des remaniements gouvernementaux intervenus entre l'an VIII et 2009. En effet, le principal interlocuteur du corps judiciaire au sein du pouvoir politique, est supposé, être depuis l'Ancien Régime, le chancelier ou le ministre de la justice. Mais la durée d'occupation de ce poste, par les personnalités qui s'y sont succédées depuis le Consulat, s'est le plus souvent révélée très inférieure à celle d'exercice des fonctions de premier président de la Cour de cassation, ou encore de l'équivalent du ministre de la justice dans d'autres Etats européens.

Au début du XVI^e siècle, les attributions de chef de l'administration de la justice, se trouvaient exercées par le chancelier. Selon Guillaume Carré, les titulaires de cette charge : « *d'abord révocables à volonté, comme tous les grands officiers de la maison du Roi, ... ont joui du privilège de l'inamovibilité... vers la fin du quinzième siècle, vraisemblablement par suite de l'édit de 1467, qui conféra ce privilège à tous*

¹⁰²⁸ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 164.

¹⁰²⁹ Article 58 de la Charte du 4 juin 1814, article 51 de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 juillet 1815, article 49 de la Charte du 14 août 1830.

les magistrats »¹⁰³⁰. Les fonctions de chancelier pouvaient en conséquence, uniquement cesser pour cause de mort ou de forfaiture dûment jugée. La seule hypothèse de destitution jusqu'en 1790, devait concerner Guillaume Poyet. Ce dernier fut condamné le 13 avril 1545, par une commission spéciale composée d'officiers des cours souveraines, pour « *abus, fautes, malversations et entreprises, outre et par-dessus son pouvoir de Chancelier, crimes et délits commis par lui* »¹⁰³¹. Dans ces circonstances, les chanceliers ont bénéficié d'une grande stabilité sous l'Ancien Régime. Dix-neuf personnes se sont succédées dans cet office, entre 1514 et 1789, tandis que dix rois occupaient le trône au cours de la même période. Sous réserve d'une exception¹⁰³², la durée moyenne des fonctions a été de quatorze ans, avec un minimum de trois ans et neuf mois pour Etienne d'Alligre, entre 1674 et 1677, et un maximum de trente-sept ans pour Pierre Séguier, de 1635 à 1672. La situation s'inscrit en revanche aux antipodes, depuis l'an VIII. Avec cent quatre-vingt-cinq ministres de la justice, jusqu'au terme du Gouvernement « *de Villepin* », le temps moyen passé à ce poste, s'établit à un an et neuf mois. Le ministère le plus bref, celui de Jules Develle, aura duré seulement une journée, du 12 au 13 mars 1893. A l'inverse, Claude-Ambroise Régnier a occupé la chancellerie en qualité de « *grand juge* », pendant dix ans et dix mois, de 1802 à 1813. De manière plus générale, seulement vingt-sept ministres sont demeurés en poste pendant au moins deux ans, dont quatre au-delà de six ans. Plus des trois quarts des ministres, à savoir cent vingt-trois au total, ont quitté leurs fonctions avant le terme de la première année. Parmi eux, soixante-huit sont restés cinq mois au plus, trente-huit durant moins de deux mois, et sept n'ont pas excédé dix-sept jours. Ces chiffres méritent toutefois d'être légèrement relativisés, dans la mesure où il existe une certaine inégalité suivant les régimes. Les Seconde¹⁰³³, III^{ème}¹⁰³⁴ et IV^{ème}¹⁰³⁵ Républiques, ont incontestablement

¹⁰³⁰ G.L.J. Carré, *Les lois de l'organisation...*, t. 1, *op. cit.*, p. 11, note de bas de page.

¹⁰³¹ J. Imbert, J. Nagle, J. Meyer, J. Godechot, *Histoire de la fonction publique en France – Du XVI^e au XVIII^e siècle*, t. 2, G.-V. Labat Editeur, Nouvelle librairie de France, Paris, 1993, p. 46.

¹⁰³² René-Charles de Maupeou, ancien premier président du Parlement de Paris, conserva sa charge de chancelier pendant une seule journée. Nommé en 1768, il devait effectivement se retirer en faveur de son fils, René-Nicolas de Maupeou.

¹⁰³³ Six personnalités ont occupé la fonction. Ministre de la justice à deux reprises, Eugène Rouher est resté à ce poste pendant un an et neuf mois (31 octobre 1849-23 janvier 1851 et 10 avril 1851-26 octobre 1851). Sur les cinq autres ministres, trois ont quitté la chancellerie avant le terme du premier mois : Eugène Bethmont (7 juin 1848-17 juillet 1848), Joseph Corbin (26 octobre 1851-1^{er} novembre 1851), et Alfred Daviel (1^{er} novembre 1851-3 décembre 1851).

¹⁰³⁴ Parmi les quatre-vingt-dix-sept ministres qui se sont succédés à ce poste, sept sont restés plus de deux ans : Jules Dufaure (19 février 1871-24 mai 1873), Théodore-Jules Cazot (28 décembre 1879-30 janvier 1882), Félix Martin-Feuillée (21 février 1883-6 avril 1885), Ernest Monis (22 juin 1899-6 juin 1902), Ernest Vallé (7 juin 1902-20 janvier 1905), Louis Nail (16 novembre 1917-19 janvier 1920), et Louis Barthou (23 juillet 1926-2 novembre 1929).

été les plus touchées par ce phénomène. Le temps d'occupation de la chancellerie, s'est en revanche révélé plus long sous le Second Empire¹⁰³⁶ et la V^{ème} République. Sur les vingt-cinq ministres qui se sont succédés au cours de cette dernière, douze ont conservé leur poste pendant plus de deux ans, et six au-delà de trois ans¹⁰³⁷. La durée maximum s'établit à cinq ans pour Jean Foyer, entre 1962 et 1968, suivi par Robert Badinter, ministre de la justice pendant quatre ans et huit mois, de 1981 à 1986.

Depuis la fin de la Révolution, la durée d'exercice des fonctions de ministre de la justice, tranche particulièrement avec celle de premier président de la Cour de cassation. Il est effectivement possible de retrouver dans cette dernière autorité, la stabilité des chanceliers de l'Ancien Régime. En deux cents huit ans, trente et un premiers présidents ont occupé le Palais de justice, pour une durée moyenne de six ans et huit mois. Parmi eux, quatre personnalités seulement, sont restées en charge moins de deux ans, tandis que vingt-cinq ont occupé leur poste pendant au moins trois ans. Plus de la moitié des premiers présidents, ont quitté leurs fonctions après six années, le comte Portalis s'étant lui-même maintenu pendant vingt-trois ans et quatre mois, du 8 août 1829 au 18 décembre 1852. A titre de comparaison, le premier président Lescouvé¹⁰³⁸ a été amené à travailler, en l'espace de huit ans et huit mois, avec dix-neuf ministres de la justice. De la même façon, premier président sous les IV^{ème} et V^{ème} Républiques, Nicolas Battestini a connu dix gardes des Sceaux entre 1955 et 1963. Enfin, quatre personnalités ont occupé la chancellerie, pendant la première présidence de Guy Canivet, de 1999 à 2007. Bien entendu, cette différence de situation est susceptible d'être justifiée par la nécessaire responsabilité politique qui pèse sur le ministre de la justice. Pourtant, force est de constater que le titulaire de ce poste, bénéficie d'une permanence beaucoup plus importante, dans le berceau du régime parlementaire : le Royaume-Uni. Les données fournies par le *Department for constitutional Affairs* britannique¹⁰³⁹, révèlent en effet que cinquante-quatre personnalités ont occupé le poste de *Lord chancellors*, entre 1793 et 2007. Le temps

¹⁰³⁵ Aucune personnalité n'a occupé la chancellerie pendant plus de deux ans, le ministère le plus long ayant été exercé pendant un an et sept mois, par Pierre-Henri Teitgen (31 mai 1945-15 décembre 1946).

¹⁰³⁶ Trois ministres totalisent seize années de ministère, pour un régime qui a duré dix-huit ans : Jacques Abbaticci (22 janvier 1852-15 novembre 1857), Claude Delangle (5 mai 1859-23 juin 1863), et Jules Baroche (23 juin 1863-17 juillet 1869).

¹⁰³⁷ Jean Foyer (15 avril 1962-6 avril 1967), René Pléven (22 juin 1969-4 avril 1973), Alain Peyrefitte (30 mars 1977-21 mai 1981), Robert Badinter (23 juin 1981-18 février 1986), Elisabeth Guigou (4 juin 1997-18 octobre 2000), et Dominique Perben (7 mai 2002-2 juin 2005).

¹⁰³⁸ Premier président de la Cour de cassation, du 4 février 1928 au 2 octobre 1936.

¹⁰³⁹ Department for constitutional Affairs, *Lords chancellors : past and present*, www.dca.gov.uk.

moyen d'occupation des fonctions, s'établit à quatre ans, sachant que près des deux tiers sont restés au moins trois ans, et un cinquième pendant plus de six ans. Sur la période correspondant aux dates de la III^{ème} République, le Royaume-Uni a connu vingt et un *Lords chancellors*, contre quatre-vingt-dix-sept ministres de la justice pour la France¹⁰⁴⁰. De même, la chancellerie britannique a été occupée par douze personnalités, entre 1945 et 2007, alors que la chancellerie française voyait se succéder dans le même temps, quarante gardes des Sceaux¹⁰⁴¹.

353. Le Pouvoir politique paraît avoir d'abord pris conscience de cette inégalité, et semble avoir cherché à y remédier, en rétablissant l'institution du chancelier. Ce fut le cas avec la création du « *grand-juge* », par l'article 78 du Sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X, réunissant les attributions du chancelier d'Ancien Régime et du ministre de la justice révolutionnaire. Deux années plus tard, l'article 40 du Sénatus-consulte du 28 floréal an XII, instituait un « *archichancelier de l'Empire* », chargé d'exercer « *les fonctions de chancelier pour* » certaines compétences judiciaires. Or, dans la mesure où le titulaire de ce poste occupait l'une « *des grandes dignités de l'Empire* » énoncées à l'article 34 de ce texte, il était théoriquement considéré comme « *inamovible* ». De ce point de vue, les Chartes constitutionnelles de la Restauration et de la Monarchie de Juillet, ne se sont pas départies des Constitutions du Consulat et du Premier Empire. L'article 29 de la Charte du 4 juin 1814, et l'article 25 de celle du 14 août 1830, prévoyaient de manière identique, que : « *La Chambre des pairs est présidée par le chancelier de France, et, en son absence, par un tiers nommé par le roi* ». Néanmoins, la possibilité de désigner une personnalité à ce poste, entre 1814 et 1848, est largement demeurée à l'appréciation du Pouvoir royal. Ainsi, Etienne-Denis Pasquier a été le seul à accéder à cette fonction, au cours de cette période. Nommé le 27 mai 1837, il devait quitter ses fonctions lors de la proclamation de la Seconde République. En outre, la fonction de chancelier s'est révélée essentiellement honorifique, Louis-Philippe I^{er} ayant nommé malgré sa présence, six ministres de la justice successifs¹⁰⁴².

¹⁰⁴⁰ Le temps moyen d'occupation de la chancellerie, était alors de trois ans et trois mois au Royaume-Uni, et de seulement neuf mois en France.

¹⁰⁴¹ La durée d'exercice des fonctions de « *Lord chancellors* », est de cinq ans et six mois pendant cette période, contre un peu plus d'un an et six mois pour celle de ministre de la justice.

¹⁰⁴² Il serait inapproprié de voir dans la distinction entre le ministre de la justice et le chancelier, une survivance de la dissociation entre la chancellerie et les sceaux, réalisée à partir de 1551 sous l'Ancien Régime. Le chancelier nouvellement nommé, exerçait ses fonctions de chef de l'administration de la justice, à titre d'office, et assurait le garde des sceaux de France, à titre de commission. En conséquence, le retrait des sceaux pendant la durée de sa charge, privait seulement le chancelier d'une partie de ses fonctions judiciaires. A l'inverse, entre 1814 et 1848, la réalité des attributions judiciaires était confiée, *ab initio*, à une personnalité qui occupait les fonctions de ministre de la justice et de garde des Sceaux.

Le rétablissement de la fonction de chancelier s'est avéré un échec à court terme, et l'institution n'a pas été reprise par les régimes postérieurs à la Monarchie de Juillet. Pour autant, cette tentative a eu le mérite d'ouvrir un débat sur les garanties de stabilité, susceptibles d'être reconnues au ministre de la justice. Guillaume Carré écrivait ainsi en 1825, dans ses développements sur l'inamovibilité des juges : « *il existe deux fonctionnaires éminents, qui, dans des circonstances d'un intérêt majeur, concourent à l'administration de la justice. On a douté que l'un fût inamovible. Il est certain que l'autre ne l'est pas. Nous voulons parler du chancelier et du garde des sceaux* ». Appliqué au ministre de la justice, un tel constat pouvait bien entendu surprendre. L'idée que celui-ci puisse bénéficier de l'inamovibilité, s'inscrivait en contradiction avec le régime de responsabilité individuelle et collective, commun à tous les ministres. Cependant, au moment où ces propos intervenaient, dix ministres s'étaient déjà succédés à ce poste depuis le début de la Restauration. Le temps moyen d'occupation de la chancellerie, se situait donc autour de six mois, alors même que le garde des Sceaux se voyait confier d'importantes compétences en matière judiciaire et disciplinaire. Dans ces conditions, le Jurisconsulte poursuivait sa réflexion, en affirmant que : « *Sans contredit, il est dans les principes constitutionnels que de pareilles attributions, si elles continuent de subsister, appartiennent au chancelier de France, comme magistrat inamovible ; on éviterait par là cette contradiction choquante d'un fonctionnaire essentiellement révocable présidant la première Cour souveraine du royaume, composée de juges inamovibles, et votant avec eux sur les questions les plus importantes* »¹⁰⁴³.

C . Conclusion de la première partie

354. Arrivé au terme de la première partie de cette étude, la condition de l'inamovibilité des magistrats semble ressortir avec un peu plus de clarté, même si elle tend à illustrer une relation particulièrement difficile au droit et au Pouvoir politique. En effet, forte de ses cinq siècles d'existence, l'inamovibilité est communément associée à une protection exorbitante contre le risque d'éviction arbitraire, propre à assurer l'indépendance du magistrat qui en bénéficie. Pourtant, conséquence de son ancienneté et du lien étroit qu'elle entretient avec l'histoire de la justice, son rapport au Pouvoir se révèle « *complexe parce qu'il procède d'une idéalisation de la règle en même temps que d'un très grand cynisme* ». L'inamovibilité « *n'est pas pris(e) au sérieux en tant que tel(le)* », ou est au contraire considérée avec une trop grande gravité, au point d'être tenue « *à l'écart des choses concrètes* »¹⁰⁴⁴. L'idée force qui ressort ainsi de ces développements, est

¹⁰⁴³ G.L.J. Carré, *Les lois de l'organisation...*, t. 1, *op. cit.*, p. 11, note de bas de page.

¹⁰⁴⁴ A. Garapon, I. Papadopoulos, *Juger en Amérique...*, *op. cit.*, p. 56.

que l'inamovibilité ne constitue pas un mythe en tant que tel, mais a été érigée comme tel. Sortant dans ces conditions des schémas classiques de compréhension du droit, l'inamovibilité donne dès lors l'image d'une garantie affaiblie à la fois dans son contenu (1°) et par le milieu au sein duquel elle évolue (2°).

1°) Une garantie affaiblie dans son contenu

355. L'inamovibilité, en raison de la place qu'elle occupe dans la conscience collective et de son inscription dans toutes les Constitutions qui se sont succédées en France depuis 1791, peut, semble-t-il, raisonnablement être regardée comme un « principe ». Cependant, la première conséquence négative d'une telle qualification, réside dans la soumission de cette garantie au déclin sémantique dont souffre cette notion. Les principes juridiques souffrent effectivement d'un phénomène de dilution, qui les éloigne progressivement de leur sens originel. Comme l'exprimait l'Abbé Condillac : « *Principe est synonyme de commencement ; et c'est dans cette signification qu'on l'a d'abord employé ; mais ensuite à force d'en faire usage, on s'en est servi par habitude, machinalement, sans y attacher d'idées, et l'on a eu des principes qui ne sont le commencement de rien* »¹⁰⁴⁵. L'amertume qu'il est possible de concevoir à l'endroit de cette évolution, est d'autant plus tenace, que c'est le « succès du mot » qui a « ruiné sa valeur singulière, noyée dans un pluriel ampoulé »¹⁰⁴⁶. La recherche du sens premier de ce terme, révèle que celui-ci a pour origine le mot latin « *principium* », dont les racines sont « *primo* » et « *capere* ». Il correspond donc théoriquement, à ce qui occupe la première place, le premier rang. Cependant, la manière dont est traditionnellement conçue cette notion, s'inscrit aux antipodes du sens qui devrait logiquement lui être prêté. Au lieu de renvoyer à l'origine première d'une chose, à son début absolu, elle tend trop souvent à désigner une vérité fondamentale sur laquelle va s'appuyer un raisonnement. L'Abbé Condillac avait déjà souligné il y a deux siècles, les limites d'une telle conception. D'après lui, une vérité même fondée sur une définition : « *ne peut être un principe ou un commencement pour nous, si, au lieu d'une première connaissance, elle est une dernière* »¹⁰⁴⁷. Il s'agit dès lors, afin de pouvoir affirmer que cette vérité est un principe, de revenir sur ses origines pour le démontrer.

Or, tel est le problème auquel se trouve confrontée l'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire. Certes, par sa constitutionnalisation, elle

¹⁰⁴⁵ Abbé Condillac, *La logique ou les premiers développemens de l'art de penser*, Imprimerie de Ch. Houel, Paris, an VI, partie II, chap. VI, p. 143.

¹⁰⁴⁶ P. Morvan, *Principe*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 1201.

¹⁰⁴⁷ Abbé Condillac, *op. cit.*, p. 144.

concorde avec une des diverses définitions de ce terme, compris comme un « *élément essentiel qui caractérise un régime, une Constitution* »¹⁰⁴⁸. De même, en raison de sa mise en œuvre par le législateur organique, elle rejoint une autre acception du mot, qui fait du principe une : « *règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* ». Mais cela reste insuffisant. Il appartient encore de démontrer qu'elle constitue effectivement le « commencement » et la « première » garantie d'indépendance des magistrats. Or, dans son intervention réalisée devant le Comité consultatif constitutionnel, le 5 août 1958, le Garde des Sceaux Michel Debré avait affirmé que le « *principe de l'inamovibilité* » était une « *sorte de mythe* », une « *sorte de garantie...qui a peut-être compté à la fin du XIXe siècle* »¹⁰⁴⁹. En résumé, elle avait déjà cessé depuis un demi-siècle, selon lui, de répondre à cette finalité. Ce faisant, en maintenant l'inamovibilité dans la Constitution du 4 octobre 1958, le Constituant a d'une certaine manière et très paradoxalement admis que cette garantie pouvait se voir reconnaître la qualité de « principe d'indépendance », sans que cette qualification coïncide nécessairement avec la réalité d'une telle indépendance. Le glissement qui s'opère dans la manière de concevoir la notion de « principe », semble malheureusement être allé plus loin s'agissant précisément de l'inamovibilité. A en croire les propos d'un haut magistrat, alors directeur de l'Ecole nationale de la magistrature, l'inamovibilité ne serait pas uniquement dans sa qualification de principe, une garantie illusoire d'indépendance, mais elle serait encore un synonyme d'une violation répétée de celle-ci. Telle est la conclusion à laquelle semble être arrivé Hubert Dalle, au début des années 1990, lorsqu'il déclarait : « *En fait dès l'an 8, on a abandonné le système électif, et à partir de là la nomination s'est mise à appartenir au pouvoir exécutif. Mais très rapidement, un corollaire à cette nomination par l'exécutif a été fait, qui est le principe de l'inamovibilité. Je dis le principe de l'inamovibilité, parce que j'avais lu quelque part qu'au cours du XIXe siècle, il y a eu dix-sept fois une mise en cause de ce principe de l'inamovibilité* »¹⁰⁵⁰.

356. Ce faisant, l'application de la qualité de « principe » à l'inamovibilité, aboutit d'une certaine façon à justifier son imprécision. Ce phénomène, loin d'être récent, était déjà dénoncé sous la Restauration par le Député et Conseiller à la Cour de cassation, Gilbert de Voisins. Intervenant en 1822 à la tribune de la Chambre des députés, il déplorait que l'inamovibilité soit rabaissée au rang d'un « *mot vide de*

¹⁰⁴⁸ G. Cornu, *Principe*, in *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Paris, 8^e éd., 2007, p. 720.

¹⁰⁴⁹ DPS, vol. II, 1988, p. 163.

¹⁰⁵⁰ H. Dalle, magistrat et directeur de l'Ecole nationale de la magistrature, *Vers un nouveau statut du juge*, in *La justice dans l'Etat*, op. cit., p. 57.

sens, qui ne garantissait nullement l'indépendance »¹⁰⁵¹. Celle-ci avait effectivement toujours fait l'objet, depuis l'ordonnance du 21 octobre 1467, d'une définition positive. Sous réserve de la Constitution de l'an I, l'inamovibilité avait été définie aussi bien par la Constitution du 3 septembre 1791, que par celles de la Première République, du Consulat et du Premier Empire. Mais, rompant avec le droit antérieur, l'article 58 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 devait se contenter de proclamer l'inamovibilité des juges, sans se donner la peine de la préciser. A l'exception notable de la Constitution du 4 novembre 1848, celle de l'éphémère Seconde République, tous les textes constitutionnels qui se sont succédés depuis la Restauration, se sont inscrits dans cette tradition d'absence de définition de l'inamovibilité. Il serait certes possible de s'en réjouir, puisque cette caractéristique permet de rallier une énième acception du terme « principe », conçu comme une : « règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques »¹⁰⁵². Cependant, l'absence de définition positive d'une garantie, ne va pas sans présenter un certain risque pour son effectivité. L'historien et philosophe Marcel Gauchet avait pu le rappeler avec pertinence en 2009, à propos de l'autonomie des universités. La simple proclamation de ce principe, dans le cadre du récent débat sur l'avenir de l'Université, était selon lui un leurre : « *l'autonomie n'est qu'un mot, et un mot piège. Quand on a dit « autonomie », on n'a rien dit. Le problème c'est de définir le contenu de cette autonomie. C'est là que le bât blesse* »¹⁰⁵³.

Si l'autonomie universitaire souffre certainement d'un mal plus profond, faute d'avoir jamais été réellement définie depuis le XIIe siècle, la situation endurée par l'inamovibilité des magistrats apparaît toutefois moins acceptable, du fait de l'existence initiale d'une telle définition. L'oubli progressif et la discipline partisane aidant, l'inamovibilité devient en l'absence de référentiel constitutionnel, ce qui est posé positivement par les Pouvoirs politiques constitués. Gérard Masson s'était ainsi ému en 1975, de la neutralisation de cette garantie sous la V^{ème} République. Selon ses termes : « *L'inscription de l'inamovibilité dans le statut (organique) permet de se demander s'il ne sera pas désormais plus facile d'y porter atteinte en soutenant que le principe posé à l'article 64 de la Constitution et la disposition législative de l'ordonnance du 22 décembre 1958 n'ont pas nécessairement la même portée, et que l'on peut déroger à celle-ci sans violer celle-là* »¹⁰⁵⁴. Un constat analogue est

¹⁰⁵¹ Cité in V. Jeanvrot, *op. cit.*, p. 202.

¹⁰⁵² G. Cornu, *op. cit.*, 8e éd., 2007, p. 720.

¹⁰⁵³ M. Gauchet, historien et philosophe, *L'autonomie des universités n'est qu'un mot, il faut en définir le contenu*, Le Monde, 8 juillet 2009.

¹⁰⁵⁴ G. Masson, *op. cit.*, p. 334.

susceptible d'être opéré à l'égard des régimes constitutionnels antérieurs. L'absence d'une loi organique venue consacrer l'inamovibilité, dans le prolongement théorique de la Constitution, rendait alors encore plus aisé le contournement de la garantie par la loi ordinaire, laquelle n'était pas soumise au respect de cette première. En définitive, la limite attachée à la qualité de principe, a bien été mise en exergue par l'ancien Garde des Sceaux Henri Nallet, concernant l'indépendance de la magistrature : « *Il ne suffit pas que l'indépendance des magistrats soit posée en principe, encore faut-il être en mesure d'en garantir l'effectivité par des dispositions concrètes du statut des magistrats* »¹⁰⁵⁵. Cette opinion est pleinement transposable à l'inamovibilité.

2°) Une garantie affaiblie par son milieu

357. La cause de cette distorsion entre la consécration de l'inamovibilité dans la Constitution, d'une part, et l'absence de volonté politique de définir précisément son contenu matériel, d'autre part, tient essentiellement au milieu dans lequel cette garantie évolue. L'inamovibilité avait initialement été accordée aux magistrats des parlements, sous l'Ancienne Monarchie, pour les protéger de l'arbitraire du roi dans l'exercice de cette fonction de souveraineté, la justice, que celui-ci leur avait simplement communiquée. Or, conjuguée à la patrimonialité des offices, cette garantie est non seulement devenue un facteur d'appropriation de la justice par les parlements, mais également un vecteur de conquête du pouvoir par ces derniers. Etroitement liée à la grandeur des juridictions souveraines à la veille de la Révolution, l'inamovibilité a été durablement affectée par la politique de neutralisation de la justice à partir de cette dernière. Or, même si les relations entre le Pouvoir politique et, notamment, l'Autorité judiciaire, se ont progressivement détendues depuis cette époque, elles restent encore marquées par les stigmates de l'histoire. Le Président de la République Nicolas Sarkozy ne s'en est d'ailleurs pas caché, dans son discours prononcé le 7 janvier 2009, à l'audience solennelle de la Cour de cassation : « *il ne faut pas fuir les réalités. Oui les relations entre le politique et le judiciaire sont dans notre pays marquées d'une tradition au pire de rivalité, au mieux de méfiance mutuelle. Il faut y voir la trace de cette querelle séculaire entre le pouvoir monarchique et les Parlements que, curieusement, la République a repris à son compte* ». Mieux encore, en écartant violemment l'éventualité d'un contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire, dans son discours du 1^{er} mars 2010 sur l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la

¹⁰⁵⁵ H. Nallet, garde des Sceaux, *Quelle conception de la justice ?*, in *La justice dans l'Etat*, op. cit., p. 11.

Constitution¹⁰⁵⁶, le chef de l'Etat a rappelé qu'à l'aube du XXI^e siècle : « *Le danger d'un gouvernement des juges demeure... toujours un sujet de discussion* »¹⁰⁵⁷.

La constance du soupçon qui pèse en conséquence sur l'indépendance de la justice, s'est ainsi traduite au début des années 1990, par la proposition du Comité « *Vedel* » de substituer au libellé du titre VIII de la Constitution : « *De l'autorité judiciaire* », l'intitulé évocateur : « *De l'indépendance de la magistrature* ». Comme s'est alors interrogé le Professeur Buffelan-Lanore : « *La magistrature serait-elle tellement mise en cause qu'il soit nécessaire d'affirmer son indépendance ? La magistrature, en 1993, est-elle indépendante ou ne l'est-elle pas ? Apparemment, elle ne l'est pas et on l'incite à le redevenir* »¹⁰⁵⁸. Cette idée suivant laquelle le Pouvoir politique refuserait de voir émerger à ses côtés, une justice judiciaire effectivement indépendante, dénature incontestablement le débat sur la valeur personnelle de l'inamovibilité. Il eut sans doute été intéressant de savoir si la même garantie constitutionnelle aurait aussi été qualifiée de « *mythe* », si, au lieu d'être associée aux magistrats de l'ordre judiciaire, elle avait initialement eu vocation à défendre d'autres catégories d'agents publics. Il est certes difficile de refaire l'histoire, mais la question mérite certainement d'être posée.

358. Ce poids de l'environnement dans lequel l'inamovibilité évolue, depuis plusieurs siècles, rend indéniablement malaisée une soumission de celle-ci à une approche du droit qui se voudrait à la fois ontologique et positiviste. Selon une telle grille d'analyse, pour être reconnue comme une garantie réelle, l'inamovibilité devrait renvoyer à une certaine idée de perfection et d'absolu sur le plan juridique¹⁰⁵⁹. Mais dans le même temps, seul serait examiné ce qui chez elle, est « *positivement posé et sanctionné par les organes de l'Etat* »¹⁰⁶⁰. Mieux encore, il serait attendu d'elle qu'elle revête les contours d'une notion conceptuelle, plutôt que d'une notion fonctionnelle, sachant que, comme le remarquait le Doyen Vedel, la seconde est classiquement appelée : « *à disparaître en se résorbant au moins en partie dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle* ». L'inamovibilité devrait alors pouvoir justifier d'« *une définition complète selon les critères logiques*

¹⁰⁵⁶ N. Sarkozy, *Discours de M. le Président de la République sur l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution*, Conseil constitutionnel, 1^{er} mars 2010, www.conseil-constitutionnel.fr.

¹⁰⁵⁷ J. Morange, *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, Droit fondamental, Paris, 1^{ère} éd., 2007, p. 88.

¹⁰⁵⁸ J.-P. Buffelan-Lanore, *De l'indépendance de la magistrature*, LPA, n° 70, 11 juin 1993, p.

¹⁰⁵⁹ « *Argument ontologique : preuve tirée de l'être infini, l'existence étant contenue dans l'idée que l'on a de la perfection* », Dictionnaire de l'Académie française, t. 5, 8^e éd., 1932.

¹⁰⁶⁰ D. Rousseau, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, 9^e éd., 2010, p. 72.

habituels », et son contenu devrait être « *abstraitement déterminé une fois pour toute* »¹⁰⁶¹. Or, comme le soulignait le même auteur, à propos des « *catégories que l'on est en peine de définir logiquement* », celles-ci : « *En tant que concepts, ... sont vagues, contradictoires et sans unité. Un logicien est tenté de leur dénier tout droit à l'existence* »¹⁰⁶². Telle est justement l'opinion qu'une partie de la doctrine a pu défendre vis-à-vis de l'inamovibilité, en associant celle-ci à un « *mythe* » ou à une « *notion de caractère sociologique* », plutôt qu'à une « *notion fondamentalement juridique* »¹⁰⁶³.

Pourtant, ainsi que le reconnaissait déjà le Professeur Jèze au début du XXe siècle : « *Les problèmes de droit sont essentiellement des problèmes sociaux et politiques* », de sorte que « *celui qui décrit les institutions ... du seul point de vue de la technique juridique, les défigure* »¹⁰⁶⁴. L'Universitaire poursuivait sa réflexion en insistant sur la nécessité de ne : « *jamais séparer (les) règles du milieu dans lequel et pour lequel elles sont élaborées, du milieu dans lequel elles sont appliquées. Les solutions juridiques sont à tout moment influencées par le milieu* ». Il concluait alors par l'assertion selon laquelle : « *Etudier les solutions sans se préoccuper, avant tout, par-dessus tout, du milieu, c'est oublier le principal* »¹⁰⁶⁵. Or, l'environnement dans lequel s'insère l'inamovibilité depuis son apparition, se révèle sans doute bien plus proche de celui du droit constitutionnel, que de celui du droit privé des institutions judiciaires ou du droit administratif de la fonction publique. Elle apparaît ainsi associée à une matière qui, longtemps demeurée le « *champ clos des forces politiques* », témoigne encore par certains aspects d'un « *droit politique* ». Ce constat n'est certainement pas sans incidence sur la portée de cette garantie. Parce que l'inamovibilité participe d'un droit, qui est en grande partie produit par ceux-là mêmes que ce dernier a vocation à encadrer, elle encourt le risque de devenir le reflet juridique d'un « *art du possible* », voire d'un « *art de tromper les hommes* »¹⁰⁶⁶. Au surplus, quand bien même l'inamovibilité arriverait à atteindre un degré de perfection inégalé sur le plan juridique, force est d'admettre, pour reprendre les propos que tenait le Juge belge Christian Wettinck au lendemain de la chute du Mur

¹⁰⁶¹ G. Vedel, *La juridiction compétente...*, p. 851, p. 851, n° 4.

¹⁰⁶² G. Vedel, *De l'arrêt Stepfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires)*, JCP, 1948.I.682, n° 11.

¹⁰⁶³ P. Lavigne, *op. cit.*, pp. 157-158.

¹⁰⁶⁴ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif – Tome 1 : la technique juridique du droit français*, Dalloz-Sirey, Bibliothèque Dalloz, Paris, rééd., 2005, p. 6.

¹⁰⁶⁵ G. Jèze, *Les principes généraux du droit...*, Préface de la 3^{ème} édition, t. 1, *op. cit.*, p. II.

¹⁰⁶⁶ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *op. cit.*, 22^e éd., 2008, pp. 11-24.

de Berlin, que : « *le système d'indépendance sur papier le plus parfait que l'on peut espérer, fabriquer et concevoir, n'empêchera jamais la prise de pouvoir, n'empêchera jamais l'état d'urgence, n'empêchera jamais l'état de siège et l'éclipse du juge. Donc il y a dans le fond les limites du droit qui renvoient à la volonté politique du citoyen et qui nous invitent à sortir du caractère fermé et cyclique de nos « ronrons » de corporations juridiques* »¹⁰⁶⁷.

359. Reste que l'« hostilité » du milieu dans lequel évolue l'inamovibilité, ne saurait être suffisant pour conclure à son obsolescence. Comme l'écrivait effectivement le Professeur Rivero en 1963 : « *Tout système juridique, et chacune des pièces qui le composent, est ordonné à une fin...Lorsque l'institution juridique s'écarte de sa fin, lorsqu'elle ne sait plus « de quel esprit elle est », le péril qui la menace est plus grave que tous ceux que peuvent entraîner des insuffisances techniques : c'est l'essentiel qui est en cause* »¹⁰⁶⁸. Le remède le plus approprié à une telle situation ne consiste sans doute pas, en cas de prise de conscience de sa gravité, à proposer aveuglément le passage vers un nouveau système. Si l'inamovibilité a été affectée par son milieu, et plus précisément par l'état des relations qu'entretiennent la justice et le Pouvoir politique depuis l'Ancien Régime, il n'est pas évident qu'un tel changement se traduise par un résultat tangible. Il s'agit alors, et avant toute chose, de chercher à revenir sur la fin qui a présidé à l'établissement de cette garantie. Emile Giraud n'opinait pas autrement lorsque, en 1951, pour justifier l'existence d'une fonction publique séparée du secteur privé, il affirmait que : « *La première chose à faire...n'est pas de trouver des formules juridiques mais de savoir quelles sont les exigences d'une bonne administration. Il faut traiter ce problème directement et à fond en considérant toutes les réalités politiques, sociales et économiques. Quand on saura clairement quel est le but à atteindre, on déterminera les moyens propres à l'atteindre. Quand on sera d'accord sur les buts et les moyens, on trouvera facilement les formules juridiques adéquates pour définir le statut de la fonction publique. Cette dernière tâche qui accapare l'attention des juristes et qu'ils jugent essentielle, est en fait la moins importante* »¹⁰⁶⁹. La possibilité de relever l'inamovibilité au rang de modèle, après qu'elle ait été sciemment abaissée au rang de mythe, suppose en conséquence de la réexaminer à partir de sa finalité. Il en résulte alors plus précisément, dans le cas français, la nécessité de dépasser le présupposé traditionnel selon lequel la préservation de « l'indépendance » du

¹⁰⁶⁷ C. Wettinck, juge au tribunal de Liège, ancien président des magistrats européens pour la défense des libertés, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁶⁸ J. Rivero, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, t. II, Sirey-Bruylant, pp. 833-834.

¹⁰⁶⁹ E. Giraud, *Il faut enseigner l'administration*, RDP, 1951, p. 362.

magistrat constituerait cette seule « finalité »¹⁰⁷⁰, pour s'intéresser à la finalité est inhérente à la justice elle-même, au sein de toute société démocratique (**Partie II**).

¹⁰⁷⁰ Cette vision ressort sans ambiguïté de l'étude consacrée par Pierre Lavigne, aux *Personnes inamovibles dans les services publics français*. Ainsi, après avoir constaté que le Conseil d'Etat analysait l'inamovibilité comme une « règle », l'auteur portait le jugement suivant : « *Peut-être ce terme est-il le plus convenable pour donner une coloration juridique à la « technique » que constitue l'inamovibilité au service de la « finalité »...d'indépendance à l'égard de l'exécutif* ». De manière plus catégorique, il affirmait plus loin : « *Toutes les analyses juridiques, mêmes celles qui ne tentent pas de définir rigoureusement l'inamovibilité, se consacrent à la détermination du contenu, et c'est bien l'essentiel. Mais il n'a de sens qu'en fonction de son objet. La finalité de l'inamovibilité c'est l'indépendance...* ». Voir : *op. cit.*, p. 163.

SECONDE PARTIE :

***LA FONCTION DE L'INAMOVIBILITE :
UNE GARANTIE DE L'IMPARTIALITE DU
MAGISTRAT***

PARTIE II . LA FONCTION DE L'INAMOVIBILITE : UNE GARANTIE DE L'IMPARTIALITE DU MAGISTRAT

360. Tandis que sur le plan pratique, l'inamovibilité est communément accusée de n'être « rien » pour l'indépendance de la justice et des magistrats, il lui est au contraire reproché, sous l'angle théorique, d'être « tout » pour celle-ci. L'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire est en effet empreinte d'une certaine ambivalence, dont la compréhension peut passer par un rapprochement avec la notion de souveraineté. Dans ses *Lettres écrites de la montagne*, publiées en 1764, Jean-Jacques Rousseau écrivait à propos de cette dernière : « Il est de l'essence de la Puissance Souveraine de ne pouvoir être limitée : elle peut tout ou elle n'est rien »¹⁰⁷¹. Une telle opinion pourrait *a priori*, semble-t-il, être transposée à l'inamovibilité. Certains n'ont d'ailleurs pas manqué de le souligner. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'examen du projet de loi de sûreté, au début de la Seconde Restauration, Pierre-Paul Royer-Collard avait évoqué devant la Chambre des députés : « (un) principe absolu, qu'on ne modifie point sans le détruire, et qui périt tout entier dans la moindre restriction »¹⁰⁷². Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le Commissaire du gouvernement Raymond Odent défendait encore, dans ses conclusions sous l'arrêt d'Assemblée « Véron-Réville », une inamovibilité qui : « ne doit connaître ou subir aucune restriction ni directe, ni indirecte, ni dans son principe, ni dans ses conséquences »¹⁰⁷³. Cette vision « absolutiste » s'entendait néanmoins essentiellement ici, dans l'esprit des deux hommes, de son respect. A l'instar de la souveraineté, l'inamovibilité suppose d'être assurée dans son intégralité pour exister, perception qui pourrait parfaitement être résumée dans la formule de l'ancien Président de la République, François Mitterrand,

¹⁰⁷¹ J.-J. Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, Seconde partie, Chez Marc-Michel Rey, Amsterdam, 1765, p. 26.

¹⁰⁷² M. de Barante, *La vie politique de M. Royer-Collard, ses discours et ses écrits*, t. 1, Didier et Cie, Paris, 2^e éd., 1863, p. 172.

¹⁰⁷³ R. Odent, conclusion sous : CE Ass., 27 mai 1949, « Véron-Réville », Gazette du Palais, 1949, p. 35.

concernant l'interprétation de la Constitution en période de cohabitation : « *la constitution, rien que la constitution, toute la constitution* »¹⁰⁷⁴.

Rien dans le respect de l'inamovibilité n'implique nécessairement, en revanche, qu'elle soit elle-même envisagée comme un absolu. A la différence de la souveraineté, susceptible d'être définie comme « *la compétence de la compétence* »¹⁰⁷⁵, elle n'est pas forcément une fin en soi. Elle est *a priori* un élément de l'indépendance du magistrat, elle-même constitutive d'un : « *moyen pour atteindre une fin qui est la perception d'impartialité des magistrats que doit avoir le public* »¹⁰⁷⁶. Les classes politique et juridique se sont pourtant étrangement attachées, par une extrapolation de l'idée d'indépendance, à voir dans l'inamovibilité un synonyme de « *souveraineté* ». Concrètement, elles ont non seulement admis que cette sûreté devait avoir pour finalité cette seule indépendance, mais encore qu'elle devait pouvoir « créer » cette dernière. L'inamovibilité prenait alors, à la fois la forme d'une garantie « statique » et « absolue ». Ce phénomène a précisément été décrit par le Professeur Eisenmann, en 1962 : « *la tradition des juristes occidentaux a été de mettre l'accent, de concentrer toute l'attention ou presque sur une seule question, sur un seul point, l'inamovibilité... On admettait que l'inamovibilité était synonyme d'indépendance : inamovible, le juge était indépendant, son indépendance était assurée. Son « indépendance fonctionnelle »... passait au second rang, sinon à l'arrière plan, ou au minimum, elle se trouvait confondue, solidarisée avec cette « indépendance personnelle »* »¹⁰⁷⁷. L'inamovibilité s'est ainsi trouvée conçue comme un élément de base de l'indépendance personnelle du magistrat, dont la force centrifuge suffirait à assurer tour à tour l'intégralité de son indépendance personnelle, son indépendance fonctionnelle, voire celle de l'institution judiciaire toute entière, et ce, jusqu'à devenir elle-même « *synonyme de souveraineté* »¹⁰⁷⁸.

361. Pour paradoxale qu'elle puisse paraître, au regard des relations historiques et contemporaines entre la magistrature et le Pouvoir politique, cette assimilation théorique entre l'inamovibilité et l'idée de souveraineté, n'est pas

¹⁰⁷⁴ F. Mitterrand, Message du 8 avril 1986. Cité in J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *op. cit.*, 23^e éd., 2009, p. 498.

¹⁰⁷⁵ Georg Jellinek définissait en effet la souveraineté de l'Etat, comme le fait de disposer « *de la compétence de sa compétence* ». Cité in *ibid.*, p. 62.

¹⁰⁷⁶ F. Aquin, *La légitimité de l'indépendance judiciaire*, in Conseil de la magistrature du Québec, *L'indépendance judiciaire... Contrainte ou gage de liberté ?*, Actes du colloque de 2002, Bibliothèque nationale du Québec, Québec, 2003, p. 32.

¹⁰⁷⁷ C. Eisenmann, *La Justice dans l'Etat*, in VII. La Justice, PUF, Université d'Aix-Marseille, Paris, 1961, pp. 48-49.

¹⁰⁷⁸ G. Cornu, *Indépendance*, *op. cit.*, 7^e éd., 2005, p. 482.

dépourvue de justification. Elle s'explique par le maintien dans le temps, d'une certaine idéologie théologique et juridique de la justice, puisant ses racines dans l'*Ancien Testament*. Il serait en effet erroné de soutenir, comme l'a fait le magistrat Denis Salas en 2003, que : « Rien dans la culture juridique occidentale, ne prédisposait le juge à jouer un rôle de quelque importance. Partout où la souveraineté de l'Etat administratif est dominante, la place du juge est mineure »¹⁰⁷⁹. Ce serait oublier la dimension divine qui caractérise en France et en Europe continentale, la figure du juge, et dont l'ancienneté est supérieure à cette culture de soumission de la magistrature, qui s'est développée dans l'Hexagone au lendemain de la Révolution. Or, cette dimension traduit une approche essentiellement organique de la fonction de juger, à partir de celui qui dans la culture romano-canonique, incarnait la souveraineté absolue ; en l'occurrence Dieu.

« Être juge, pense-t-on » dès le Moyen Âge, « c'est usurper un pouvoir divin »¹⁰⁸⁰. En effet, comme a pu le souligner le Jurisconsulte Bernard de La Roche-Flavin : « En plusieurs endroits de l'Écriture sainte, la puissance des juges et magistrats est appelée puissance de Dieu »¹⁰⁸¹. Deux passages de l'*Ancien Testament*, étaient alors mis en avant. D'une part, lors de son *Premier Discours*, Moïse aurait dit au peuple d'Israël : « Je donnerai...cet ordre à vos juges : ...jugez selon la justice les différends...vous ne craignez aucun homme, car c'est Dieu qui rend la justice » (Deutéronome, I, 16-17). D'autre part, en établissant la justice en Juda, le Roi Josaphat aurait rappelé à ses juges : « vous n'avez pas à juger au nom des hommes, mais au nom du Seigneur. Il sera lui-même avec vous quand vous prononcerez un jugement » (Deuxième livre des Chroniques, XIX, 6). Dieu apparaissait en conséquence, ainsi que l'a écrit le Jurisconsulte Loys Charondas, comme « le premier et souverain juge des hommes »¹⁰⁸². Or, dans la mesure où l'*Ancien Testament* précisait que : « Le roi assis sur le trône de la justice dissipe tout mal par son regard » (Proverbes, XX, 8), le monarque devenait par voie d'extension,

¹⁰⁷⁹ D. Salas, *Juge (Aujourd'hui)*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 862.

¹⁰⁸⁰ N. Albert, *De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats*, in M. Deguegue (dir.), *Justice et responsabilité de l'Etat*, PUF, Droit et justice, Paris, 1^{ère} éd., 2003, p. 210.

¹⁰⁸¹ Cité in J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, Paris, 2009, p. 87.

¹⁰⁸² L. Charondas Le Caron, *Panegyrique III. Du devoir des magistrats...*, Paris, 1567, non paginé. Cité par M.-F. Renoux-Zagamé, *Du juge-prêtre au roi-idole. Droit divin et constitution de l'Etat dans la pensée juridique française à l'aube des temps modernes*, in J.-L. Thireau (dir.), *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, PUF, Publications du Centre d'histoire du droit et de recherches internormatives de l'Université de Picardie Jules-Verne, Paris, 1997, p. 159.

« *le premier et principal magistrat* » de Dieu sur Terre¹⁰⁸³. Le roi étant toutefois dans l'impossibilité de connaître de tous les litiges, du fait de l'accroissement de la population et du territoire du royaume, une délégation de la fonction de juger se révélait encore nécessaire. C'est ainsi que dans les *Ecritures*, Moïse et le Roi Josaphat furent respectivement amenés à instituer des juges, en Terre Sainte et dans les villes fortifiées de Juda¹⁰⁸⁴. Transposant cette solution au royaume de France, Bertrand de La Roche-Flavin estimait alors : « *La vocation, charge et profession des magistrats est de rendre et administrer justice : Dieu qui seul est juste, et de qui l'œuvre la plus parfaite est la justice, voulant faire part aux hommes de ce qu'il a de plus beau entre ses mains, en a distribué un rayon aux rois et aux princes, afin de l'épandre parmi le monde. Les princes ne pouvant porter seuls une si pesante charge, s'en sont déchargées et l'ont remise aux magistrats* »¹⁰⁸⁵. Ce faisant, parce qu'ils exerçaient eux mêmes la fonction judiciaire, les magistrats se voyaient érigés par la doctrine en « *prêtres de la justice* »¹⁰⁸⁶. Mieux encore, ils se trouvaient mis « *au rang des Anges* » et faits « *comme Dieux en terre* »¹⁰⁸⁷. Tel était le résultat impliqué par le Psaume : « *Dieu, garant de la justice pour tous* », dans lequel il est écrit : « *Dieu est là, entouré de son conseil ; au milieu des dieux il rend justice : « ...Je le dis bien : Vous êtes des dieux, vous tous, vous êtes de la famille du Dieu très-haut » »* (Psaume 81, 1 & 6).

Sous réserve de la parenthèse révolutionnaire, cette image particulière du juge professionnel ne s'est pas estompée avec le temps. Le Pouvoir politique s'est même inquiété d'en réaffirmer les traits à partir du Consulat, tout en veillant bien à faire de la magistrature un auxiliaire. Le port de la « *robe* », l'appellation de « *magistrat* », et le recours à la notion religieuse « *d'office* » du juge¹⁰⁸⁸, placent immanquablement ce

¹⁰⁸³ L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du droit françois*, livre I, chap. XXIII, Paris, 1637, p. 133. Cité in *ibid.*, p. 161.

¹⁰⁸⁴ Voir : « *Moïse institue des juges* », Deutéronome, I, 9-18 ; « *Josaphat institue des juges en Juda* », Deuxième livre des Chroniques, XIX, 1-11.

¹⁰⁸⁵ Cité in J. Krynen, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁸⁶ J. Krynen, *L'idéologie...*, *op. cit.*, pp. 79-103.

¹⁰⁸⁷ J. Faye, *Harangues et actions publiques des plus rares esprits de notre temps*, Chez Adrian Beys, Paris, 1609, p. 171.

¹⁰⁸⁸ Comparée à la notion de « *rôle du juge* », connue des pays anglo-saxons, celle « *d'office du juge* » possède une connotation proprement religieuse. Robert Jacob souligne d'ailleurs sur ce point, que : « *Sur le continent, en France en particulier, où l'influence du modèle romano-canonique fut d'emblée le plus sensible, le magistrat, ministre de la vérité, concentre en lui seul toute la majesté et toute la divinité du jugement* ». Voir : R. Jacob, *La décision judiciaire en Europe dans la perspective de l'histoire comparée. Eléments de synthèse*, in R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes : études d'histoire comparée*, Actes du colloque de Paris des 16-18 septembre 1993, LGDJ, Paris, 1996, p. 405.

dernier « *entre le ciel et la terre* »¹⁰⁸⁹. Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos ont justement noté à cet égard, que : « *Le juge français ne s'est pas constitué comme tiers du pouvoir, à l'image de son collègue britannique, mais comme son double. Il en a adopté la sacralité, l'unicité, la puissance* »¹⁰⁹⁰. A une époque où le Pouvoir politique s'interroge sur le maintien du juge d'instruction, il est d'ailleurs intéressant de relever que cette institution napoléonienne, qui s'est longtemps renforcée à la faveur de celui-ci, a fini par devenir dans l'ordre juridique postrévolutionnaire le symbole même de cette dimension divine du juge. Les deux auteurs précités, ont notamment pris soin de le relever : « *De cette histoire, la figure du juge d'instruction français tire trois caractéristiques dont il a bien du mal à se défaire : il jouit d'un pouvoir intrusif, brutal et moral à la fois. Son apparence de toute puissance vient du cumul de la dimension spirituelle et juridique. La procédure française, en réunissant en un seul homme des fonctions d'enquête et d'arbitrage, en faisant du juge le substitut à lui seul d'une tâche qui semblait n'appartenir qu'à Dieu, confère à cet homme une fonction à la fois technique et morale. La dimension spirituelle de l'acte de juger n'est pas séparable de sa part technique. D'où une spiritualisation de l'acte de juger, qui parcourt toute l'histoire de la justice en France* »¹⁰⁹¹.

362. Cette dimension divine du juge professionnel s'est nécessairement traduite par certaines conséquences, concernant la manière de concevoir son indépendance. Ainsi que l'a justement relevé Denis Salas, la figure du juge comme « *tiers impartial heurte notre conception de la justice. Ce qui est valorisé en France est la volonté qui anime la décision, non l'impartialité qui l'affaiblit et le doute qui la désarme* »¹⁰⁹². Le juge conserve dans l'imaginaire collectif, cette image d'une autorité placée au-dessus des hommes, du fait de la part de mystère qui entoure sa légitimité et le fondement de ses décisions. Cela explique notamment, l'engouement qui s'est progressivement opéré à compter du début des années 1970, en faveur du « *tout judiciaire* ». Considérée comme un ultime recours face aux difficultés, la : « *figure du juge se fait par suite omniprésente et il devient mutatis mutandis « la conscience morale de la vie sociale, politique et économique »* »¹⁰⁹³. Sorte de dieu dont seule l'apparence serait humaine, il renvoie à une certaine idée de perfection,

¹⁰⁸⁹ La formule aurait été prononcée par le Chancelier d'Aguesseau. Cité par J. Hautebert, *Magistrat*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 980.

¹⁰⁹⁰ A. Garapon, I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law*, Odile Jacob, Paris, 2003, p. 153.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, pp. 156-157.

¹⁰⁹² D. Salas, *juge...*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 866.

¹⁰⁹³ N. Albert, *De la responsabilité...*, in M. Deguerge (dir.), *Justice et responsabilité...*, *op. cit.*, p. 209.

expliquant que l'impartialité ait traditionnellement été appréhendée sous l'angle moral, au détriment d'une approche juridique. Parce qu'il est juge, le titulaire de la fonction bénéficie d'une présomption d'impartialité. Cette situation permet de mieux comprendre le constat réalisé par le Professeur Renoux, suivant lequel les Etats de tradition romano-germanique ont favorisé une lecture organique de l'indépendance judiciaire, s'intéressant « *d'avantage à l'indépendance du magistrat qu'à son impartialité* »¹⁰⁹⁴.

Or, par la fixité qu'elle semble procurer au juge, l'inamovibilité apparaît la plus à même d'assurer le respect de cette conception. Elle permet dans l'imagerie populaire, de donner un nom à cette vision d'un magistrat amené à trancher les litiges, « *siégeant sur une colonne à l'instar des stylites de l'Antiquité* », restant « *muré dans une inaccessible tour d'ivoire* »¹⁰⁹⁵, ou demeurant assis sur le « *trône de Dieu* ». C'est ainsi qu'à l'occasion de son discours de rentrée, prononcé le 8 novembre 1819 à la cour d'appel de Limoges, le Procureur général Mestadier avait pu déclarer : « *C'est surtout à ces magistrats inamovibles et indépendants du caprice des hommes que peuvent être adressées ces paroles sublimes consacrées par l'Écriture à la gloire et à l'instruction des magistrats : Juges de la terre, vous êtes des dieux, et les enfans du Très-haut* »¹⁰⁹⁶. Cet axiome d'une inamovibilité conçue comme la condition *sine qua non* de l'indépendance du juge, apparaît d'autant plus forte, qu'elle trouverait elle-même sa source dans l'*Ancien Testament*. Des juristes et parlementaires n'ont pas manqué de le soutenir. D'abord, de ce que les magistrats jugeraient au nom de Dieu, ils ont déduit que leur investiture viendrait de ce dernier, le roi n'étant au final qu'un simple « *canal* »¹⁰⁹⁷. Telle est par exemple l'opinion du Jurisconsulte Charondas, qui écrivait : « *la charge qui...est donnée* » au juge « *vient du ciel* », car Dieu « *a ordonné les...magistrats lesquels par ce moyen exercent le jugement de Dieu* »¹⁰⁹⁸. Puis, estimant que les magistrats devaient exécuter la seule volonté de Dieu, ils ont admis qu'ils devaient : « *n'être dépendant*

¹⁰⁹⁴ T. S. Renoux, *Le pouvoir judiciaire en France et Europe continentale : approche comparative*, RDP, n° 4, 1999, p. 969.

¹⁰⁹⁵ F. Aquin, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁹⁶ J. Mestadier, procureur général à la cour d'appel de Limoges, *La Charte et la liberté des magistrats*, Discours de rentrée prononcé le 8 novembre 1819, Annales de la Haute-Vienne, 12 novembre 1819.

¹⁰⁹⁷ M.-F. Renoux-Zagaté, *Du juge-prêtre...*, in J.-L. Thireau (dir.), *Le droit entre laïcisation...*, *op. cit.*, p. 164.

¹⁰⁹⁸ L. Charondas Le Caron, *op. cit.*, non paginé.

que de lui, donc être indépendants des hommes »¹⁰⁹⁹. Cela impliquait que les juges ne puissent être désinvestis par ces derniers, et notamment le roi. C'est justement ce à quoi permettait d'aboutir un passage de la Bible, d'après lequel : « *Si une cause... te paraît trop difficile à juger... tu monteras au lieu que l'Eternel, ton Dieu, choisira. Tu iras vers les sacrificateurs, les Lévites, et vers celui qui remplira alors les fonctions de juge... Tu te conformeras à ce qu'ils te diront dans le lieu que choisira l'Eternel* » (Deutéronome, XVII, 8-11). Ce texte a notamment été présenté par le Président Guillart, comme une justification théologique de la fixité des juridictions souveraines, mais aussi comme un argument pour que les juges soient « *ordonnés perpétuels* » dans leur siège¹¹⁰⁰. Cette disposition fondait alors l'inamovibilité des magistrats, et justifiait mieux encore, une inamovibilité absolue, synonyme d'irrévocabilité et d'immobilité.

363. Cette vision « absolutiste » de l'inamovibilité, délibérément entretenue par le refus de définir cette dernière dans les Constitutions successives de la France, s'inscrit cependant en contradiction avec la recherche d'un certain réalisme juridique. Elle poursuit une finalité théorique, au détriment d'une finalité pratique. Or, parce que cette finalité théorique est l'indépendance organique du magistrat, dogmatiquement présenté comme le reflet de Dieu, cette conception devient proprement « absurde » dans le cadre de la gestion d'une société humaine. C'est à cette conclusion qu'aboutissait le parlementaire et magistrat René Chazelle, dans son plaidoyer *Pour une réforme des institutions judiciaires*, lorsqu'il écrivait : « *On reste rêveur en constatant l'importance que les gouvernements, non sans une certaine hypocrisie, et les magistrats, non sans quelque ingénuité, ont naguère attribué à l'inamovibilité* »¹¹⁰¹. Au demeurant, et c'est là que le bât blesse, il n'est pas certain que ceux des gouvernements qui ont fait preuve d'une telle « hypocrisie », en aient réellement tiré profit sur le long terme.

En premier lieu, cette approche heurte le principe de primauté du Pouvoir politique, dans la mesure où elle renvoie à une image du juge, conçu comme son « double ». Une institution qui possède un équivalent, encourt en effet le risque d'être concurrencée, voire évincée par celui-ci. Une telle situation suscite naturellement, de la part de l'autorité contestée, un réflexe d'autodéfense. Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos ont clairement mis en exergue ce phénomène, dans le cas français. Pour eux, la : « *spiritualisation de l'acte de juger, qui parcourt*

¹⁰⁹⁹ M.-F. Renoux-Zagamé, *Du juge-prêtre...*, in J.-L. Thireau (dir.), *Le droit entre laïcisation...*, *op. cit.*, p. 165.

¹¹⁰⁰ D. Godefroy, T. Godefroy, *Le cérémonial français recueilly par Théodore Godefroy et mis en lumière par Denys Godefroy*, t. 2, Sébastien Mabre-Cramoisy, Paris, 1649, p. 469.

¹¹⁰¹ R. Chazelle, *Pour une réforme des institutions judiciaires*, LGDJ, Paris, 1969, pp. 75-76.

l'histoire de la justice en France...continue à peser sur les relations entre le pouvoir politique et les juges. Il en résulte une tension endémique entre la fonction judiciaire et le pouvoir politique. Il est bien difficile de comprendre les « affaires »...sans avoir cela à l'esprit. Si le pouvoir s'est tant méfié de la justice, c'est aussi que le juge est dépositaire, dans cette tradition, d'un pouvoir à bien des égards plus grand et plus effrayant que dans la tradition de common law »¹¹⁰². Interprétée sous le prisme de la figure du « juge-dieu », l'inamovibilité devient alors une garantie proprement menaçante pour le Pouvoir. Parce qu'il est un « dieu », le juge est « souverain ». Etant « souverain », lui et ses pairs forment un « pouvoir judiciaire ». Comme ce dernier comprend des « souverains », il doit bénéficier d'une « indépendance absolue ». L'inamovibilité étant enfin « synonyme d'indépendance », elle doit elle-même être « absolue ». Or, il convient de rappeler que l'impossibilité « absolue » d'évincer les magistrats, à la fin de l'Ancien Régime, s'est révélée une des causes de sa chute, et une des raisons de la neutralisation de l'inamovibilité sous les régimes suivants¹¹⁰³.

En second lieu, cette vision « absolutiste » de l'inamovibilité, bien que fondée sur les *Ecritures*, résulte d'une lecture partielle de celles-ci. Selon Robert Jacob : « *Réservé à Dieu, l'acte de juger est en principe interdit aux hommes...Le jugement est orgueil et présomption. Il transgresse un interdit évangélique* »¹¹⁰⁴. Cette prohibition est effectivement prévue par le *Nouveau Testament* : « *Ne portez de jugement contre personne, afin que Dieu ne vous juge pas non plus* » (Matthieu, VII, 1). Cependant, cet interdit n'est pas total, et peut être dépassé sous réserve du respect de deux conditions. La première, principale, concerne la manière d'exercer la justice. Le juge doit se comporter comme un tiers impartial. Au sein des développements du *Deutéronome* relatifs aux « *Lois du seigneur* », et plus précisément parmi les « *Règles concernant la justice* », il est écrit : « *Dans toutes les villes que le Seigneur votre Dieu vous donnera, vous désignerez des juges et des magistrats chargés de rendre justice avec impartialité...Ne faussez pas le cours de la justice ; dans un jugement, ne favorisez personne, et ne vous laissez pas corrompre par des cadeaux...Vous vous efforcerez de rendre la justice de manière objective* » (Deutéronome, XVI, 18-20)¹¹⁰⁵. La seconde condition, conséquence de la

¹¹⁰² A. Garapon, I. Papadopoulos, *op. cit.*, pp. 156-157.

¹¹⁰³ Voir les développements consacrés à cette question, dans le Titre I de la Première partie.

¹¹⁰⁴ R. Jacob, *Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁰⁵ Dans un autre passage de l'Ancien Testament (« *Josaphat institue des juges en Juda* »), il est écrit : « *Ayez...un grand respect pour le Seigneur et prenez garde à ce que vous faites, car le Seigneur notre Dieu ne tolère ni l'injustice, ni le favoritisme, ni la corruption par des cadeaux* » (Deuxièmes Chroniques, XIX, 6).

précédente, porte sur la sanction de l'office du juge. La qualité de juge n'est acquise en faveur de son titulaire, que dans la mesure où il accepte de s'instituer en retour, en justiciable devant Dieu. Cela ressort de la suite du passage du *Nouveau Testament*, dans lequel il est conseillé de ne pas juger les autres : « ...Car Dieu vous jugera comme vous jugez les autres ; il vous mesurera avec la mesure que vous employez pour eux » (Matthieu, VII, 2). Mais si la qualité de dieu est reconnue à celui qui exerce la fonction de juger, il n'en reste pas moins un homme. Tel est également le rappel effectué dans l'*Ancien Testament* : « Je le dis bien : Vous êtes des dieux, vous tous...Pourtant, comme les humains, vous devez mourir, comme un simple ministre, vous serez déçus » (Psaume 81, 6-7). Ainsi, parce que le juge serait à la fois un « dieu » et un « Homme », chargé de trancher les litiges de manière « impartiale », il devrait pouvoir être jugé par ses pairs. Or, cette implication du psaume précité : « Dieu est là, entouré de son conseil ; au milieu des dieux il rend justice » (Psaume 81, 1), correspond à la définition de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité.

364. L'approche traditionnelle de l'inamovibilité a ainsi abouti à défendre une finalité de celle-ci, s'inscrivant à rebours du bon sens juridique. Elle a d'abord éludé le fait que l'indépendance judiciaire a elle-même pour finalité l'impartialité du magistrat. Comme l'écrivait pourtant René Chazelle, en 1969 : « L'impartialité du juge est, en quelque sorte, consubstantielle de sa fonction. Elle en est l'essence. Elle représente la base fondamentale de cette règle sociale qui veut que l'on ne fasse pas justice soi-même »¹¹⁰⁶. Elle a ensuite oublié que, conditionnée par cette finalité, l'indépendance judiciaire est nécessairement proportionnée à cette dernière. D'ailleurs, ainsi qu'a pu le préciser le Juge en chef Lamer en 1991 : « Si les juges pouvaient être perçus comme « impartiaux » sans l'« indépendance » judiciaire, l'exigence d'« indépendance » serait inutile »¹¹⁰⁷. Elle a encore occulté qu'en présentant le juge, comme un tiers aux parties et au Pouvoir politique, l'impartialité fait *a priori* obstacle à ce qu'il s'érige en concurrent de celui-ci. Enfin, elle se s'est gardée de rappeler que l'exigence d'impartialité des juges est, dans l'histoire du droit français, plus ancienne que celle d'indépendance. L'article 38 de l'ordonnance sur la réformation du royaume, adoptée en 1303, prévoyait déjà que : « Les sénéchaux, les baillis...jureront qu'ils feront justice aux grands et aux petits, et à toutes personnes de quelque condition qu'elles soient »¹¹⁰⁸. Partant de ces considérations, il appartient de revenir à une approche réaliste de l'inamovibilité

¹¹⁰⁶ R. Chazelle, *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁰⁷ Cour suprême du Canada, arrêt « R. c. Lippé », [1991] 2 R.C.S., note 21, 139.

¹¹⁰⁸ L'ordonnance sur la réforme de l'administration et la police du royaume, adoptée en 1254 sous le règne de Saint-Louis, disposait déjà que les juges : « feront droit à chacun, sans exception de personne, aux pauvres aussi bien qu'aux riches et à l'étranger aussi bien qu'à leurs proches ».

dans ses relations avec l'indépendance judiciaire. Elle n'a objectivement pas vocation à créer cette dernière, au point qu'elle apparaît aujourd'hui concurrencée, en tant que garantie « statique » d'indépendance (**Titre I**). En revanche, dans la mesure où elle a pour finalité l'impartialité du magistrat, elle est susceptible de devenir un modèle de garantie « dynamique » d'indépendance (**Titre II**).

***TITRE I. UNE GARANTIE CONCURRENCEE DANS SON
APPROCHE STATIQUE***

***TITRE II. UNE GARANTIE DYNAMIQUE AU SERVICE DE
L'IMPARTIALITE***

TITRE I . UNE GARANTIE CONCURRENCEE DANS SON APPROCHE STATIQUE

365. Le regard communément porté sur l'inamovibilité a conduit à promouvoir, à partir d'une conception « statique » de cette protection ayant pour seule fin le magistrat, l'image d'une garantie absolue d'indépendance. Parce que présentée comme nécessairement créatrice de cette dernière, elle est devenue dans l'imaginaire collectif, un synonyme de propriété du siège, d'irrévocabilité, d'irresponsabilité, ou encore d'immobilité. Il est apparu évident pour certains, que l'inamovibilité était le « *fruit véreux de la vénalité des offices* »¹¹⁰⁹, le résultat d'un « *processus tout mécanique (: dans) notre ancien droit, les charges de judicature étaient devenues vénales* »¹¹¹⁰. Des auteurs contemporains continuent d'ailleurs à l'affirmer, tels que les Professeurs Guinchard, Montagnier et Varinard, pour qui cette garantie : « *existait sous l'Ancien Régime comme conséquence de la vénalité des offices* »¹¹¹¹. L'inamovibilité reste depuis lors associée, selon la formule du Doyen Hauriou, à une « *sorte de propriété du siège* »¹¹¹². S'il s'agit certes là, d'une facilité de langage pour la doctrine actuelle, elle prête toutefois à confusion et entraîne certaines conséquences néfastes. C'est bien parce que la propriété apparaissait sous l'Ancienne Monarchie, comme un « *droit à la fois absolu et irrévocable* »¹¹¹³, que l'inamovibilité s'est trouvée assimilée à l'irrévocabilité et à l'irresponsabilité. Le Député Camille Pelletan le proclamait notamment, lors de l'examen de la loi du 30 août 1883 : « *l'inamovibilité, c'est l'irresponsabilité* »¹¹¹⁴. Cette corrélation vient

¹¹⁰⁹ A. Rivière, Intervention devant la Chambre des députés, 31 mai 1882, p. 883. Cité in G. Masson, *op. cit.*, p. 63.

¹¹¹⁰ R. Guérin de La Grasserie, *De la justice en France...*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 168-169.

¹¹¹¹ J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *Institutions judiciaires – Organisation, Juridictions, Gens de justice*, Dalloz, Précis, Paris, 7^e éd., 2003, p. 134.

¹¹¹² M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Recueil Sirey, Paris, 11^e éd., 1927, p. 621. Pour des exemples d'auteurs contemporains, ayant repris cette formule entre parenthèses, voir : M. Pauti, *op. cit.*, p. 166 ; T. S. Renoux, *Inamovibilité*, in O. Duhamel, Y. Mény (dir.), *op. cit.*, p. 492.

¹¹¹³ Pour reprendre plus précisément le propos de Maurice Dehesdin, celui-ci écrivait : « *Esmein a établi que l'inamovibilité est née, pratiquement, de la vénalité. La propriété est, en effet, sous l'ancien régime, un droit à la fois absolu et irrévocable* ». Voir : *Etude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, thèse de doctorat, L'auteur, Paris, 1908, pp. 24-25.

¹¹¹⁴ Cité in T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire...*, *op. cit.*, p. 168. Voir également : G. Masson, *op. cit.*, p. 62.

encore expliquer aujourd'hui, l'extrême sensibilité avec laquelle est abordée en France, la thématique de la responsabilité des juges. De la même façon, l'idée de propriété plaide en faveur d'une inamovibilité, conçue comme synonyme d'immobilité. Des auteurs précisent en ce sens que l'inamovibilité « *la mieux assurée c'est, ... en définitive, seulement l'assurance de l'immobilité* »¹¹¹⁵, et que cette garantie n'est efficace, « *qu'à condition de se combiner avec l'immobilité* »¹¹¹⁶.

Cette vision absolue de l'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, a pu d'autant plus facilement prospérer, que s'est progressivement développée en faveur d'autres agents publics, le concept d'inamovibilité de « fait ». Or, cette dernière se rapproche bien plus de l'idée d'une inamovibilité « absolue », que de la définition concrète de cette garantie. L'inamovibilité de « fait » vise effectivement à désigner, la situation par laquelle son bénéficiaire jouit en pratique, d'une « *sorte de propriété* » vis-à-vis de son emploi. Il est le plus souvent irrévocable, voire en fonction des circonstances, également irresponsable et immobile. Sur le plan quantitatif, les agents relevant du droit commun de la fonction publique, seraient les principaux concernés par cette protection. Emile Giraud écrivait déjà en 1951, cinq ans à peine après l'adoption du Statut général de la fonction publique : « *En France, les fonctionnaires sont en fait inamovibles. A moins... de commettre des fautes d'une gravité exceptionnelles, (ils) sont assurés de conserver leur emploi jusqu'à l'âge de la retraite* »¹¹¹⁷. Un demi-siècle plus tard, dans son rapport de 2003 consacré aux *Perspectives de la fonction publique*, le Conseil d'Etat soulignait l'extrême rareté des sanctions disciplinaires de tous niveaux, prononcées dans la fonction publique d'Etat. De même, il constatait qu'au sein des « *plus grandes administrations* », les déplacements intervenaient : « *en fonction des seuls vœux des agents et sur la base de critères prenant en compte exclusivement des éléments relatifs aux candidats* »¹¹¹⁸. D'un point de vue qualitatif, une inamovibilité de « fait » bénéficierait également, aux membres de certains grands corps de l'Etat. Il est essentiellement possible d'évoquer ici, d'après le Professeur Lavigne, les professeurs d'université et les membres du Conseil d'Etat. Ceux-ci auraient en effet pour particularité de jouir d'une inamovibilité « *coutumière* », que

¹¹¹⁵ P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, t. 4, 2^e éd., 1877, p. 151. Cité in V. Jeanvrot, *op. cit.*, p. 205.

¹¹¹⁶ P. Bézio, *De l'insuffisance des garanties de carrière accordées aux magistrats - L'inamovibilité... Un mythe ?*, Le Pouvoir judiciaire, n° 1960, mars 1960, p. 1.

¹¹¹⁷ E. Giraud, *Il faut enseigner l'administration*, RDP, 1951, p. 363.

¹¹¹⁸ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public 2003, La documentation française, Etudes & documents du Conseil d'Etat, Paris, n° 54, 2003, pp. 243-244. D'après les chiffres fournis, 3 500 sanctions disciplinaires de premier niveau, et 24 révocations ou mises à la retraite d'office, auraient été prononcées au cours de l'année 2001.

l'auteur présente comme « *une extension efficace du droit d'inamovibilité par rapport au concept d'inamovibilité de fait* »¹¹¹⁹. Ainsi, l'image d'une inamovibilité absolue des juges judiciaires, est susceptible de servir les bénéficiaires d'une inamovibilité de « fait », en tant que moyen de légitimer leur propre garantie. Cette dernière aurait l'avantage d'avoir pour modèle, l'inamovibilité absolue reconnue à ces magistrats, sans aller jusqu'à prétendre à la différence de celle-ci, s'imposer au Pouvoir politique.

366. Or, c'est justement cette apparence d'une inamovibilité absolue à un double point de vue, matériel et formel, qui paraît le plus heurter le Pouvoir et l'Opinion, dans le cas des magistrats judiciaires. L'exercice de la fonction de juger, leur confère cette dimension théologique du « *juge-dieu* ». Dans le cadre d'un certain jusnaturalisme juridique, avec lequel le droit français entretient une singulière ambiguïté, il est alors admis que l'institution du magistrat « *vient du ciel* », et que le « *principe* » de l'inamovibilité oblige le Pouvoir politique. L'inamovibilité absolue apparaît ainsi comme un dogme, mais un dogme dangereux. Le magistrat et parlementaire Georges Fenech, le soutenait encore à demi-mot, en 2007 : « *seule la responsabilité peut freiner les noirs desseins...le goût d'affirmer sa puissance...Sans responsabilité, l'homme n'est plus qu'un animal livré à ses instincts. Sans responsabilité, un magistrat mal intentionné peut impunément détruire* »¹¹²⁰. Le Pouvoir s'est pourtant attaché à favoriser chez le magistrat judiciaire, parfois au détriment d'autres qualités, la figure du pouvoir consubstantielle à celle du dieu souverain. Ainsi que l'a relevé Jean-Louis Halpérin, à partir des propos de Locré, Napoléon avait appelé : « *de ses vœux une justice criminelle « très importante » faisant pâlir les coupables quels qu'ils soient, y compris les préfets et les généraux* »¹¹²¹. Le Pouvoir a dès lors pu assimiler périodiquement les magistrats, faute d'apparaître comme ses auxiliaires, à des « *ennemis de l'ordre constitutionnel se cach(a)nt sous la toge de l'inamovibilité* »¹¹²², ou un foyer de « *résistance, qui semblait s'abriter derrière l'inamovibilité* »¹¹²³. Ce sentiment demeure d'ailleurs vivace, s'agissant des juges d'instructions, et justifie en partie l'idée de leur

¹¹¹⁹ P. Lavigne, *op. cit.*, p. 159.

¹¹²⁰ G. Fenech, *Presse justice : liaisons dangereuses*, L'Archipel, Paris, 2007, p. 119.

¹¹²¹ J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XXIV, Paris, 1831, p. 419. Reformulé par J.-L. Halpérin, *1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir judiciaire en France*, *Justices*, n° 3, janvier-juin 1996, p. 20.

¹¹²² A. Dauphin, procureur général, *Les réformes dans l'administration de la justice*, Discours de rentrée à la cour d'appel de Paris, prononcé le 3 novembre 1880, E. Donnau, Paris, 1880.

¹¹²³ Cité par M. Rousselet, *La magistrature sous la Monarchie de Juillet*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1937, p. 52.

suppression¹¹²⁴. De la même façon, les justiciables ont été amenés à développer une vision duale du magistrat. Le magistrat Yves Benhamou a plus précisément constaté que le juge : « *dans notre imaginaire collectif à l'instar du héros fameux du roman de Stevenson : Docteur Jeckill et Mister Hyde a deux visages : celui du gardien sourcilieux des libertés...et...celui du personnage omnipotent et redoutable dont l'action porte des risques d'arbitraires* »¹¹²⁵. Cette seconde dimension s'est trouvée immortalisée, sous la Monarchie de Juillet, par une caricature de Henri Monnier, représentant « *Un inamovible* ». Celle-ci représente un vieillard corpulent, portant une robe noire et décoré de la Légion d'honneur, brandissant une sentence juché sur un monceau de crânes humains¹¹²⁶.

La conjugaison d'un pouvoir et d'une inamovibilité absolus du juge, peut sembler d'autant plus terrible pour le Pouvoir politique et le justiciable, que l'idée de « puissance publique » n'être pas propre aux fonctions qui ont trait à la souveraineté. Dans la mesure où elle est inhérente aux droits public et administratif¹¹²⁷, la « *recherche du pouvoir* » peut se manifester « *également chez les fonctionnaires subalternes et moyens* »¹¹²⁸, soumis à l'autorité hiérarchique du gouvernement. D'après le Professeur Crozier : « *d'obscurs employés de grade peu élevé pensent avoir un rôle décisif dans la solution d'affaires importantes, simplement du fait qu'ils occupent une situation stratégique dans un système d'organisation trop bien réglé* »¹¹²⁹. D'autres auteurs vont plus loin, en estimant qu'en fait : « *un gardien de la paix est plus redoutable (et plus redouté) qu'un conseiller d'Etat* »¹¹³⁰. La référence à ce dernier, ici présenté aux antipodes du juge judiciaire dans son rapport au pouvoir, se révèle particulièrement intéressante. En effet, le conseiller d'Etat est supposé constituer, dans le contexte de rejet des parlements d'Ancien Régime, le

¹¹²⁴ Georges Fenech, membre de la commission d'enquête dite « *Outreau* », a ainsi décrit les juges d'instruction, comme : « *Des juges convaincus de remplir une mission...et se mett(a)nt en scène pour raconter leur propre vérité* », ajoutant que : « *Ces juges, croisés des temps modernes, à la fois Zorro et Salomon, Maigret et Vidocq, Saint-Just et Fouquier-Tinville, se sont fourvoyés en piétinant l'éthique forgée d'indépendance, d'impartialité et de désintérêt personnel. Le service de la justice s'est éclipsée derrière la lutte justicière* », *op. cit.*, p. 101.

¹¹²⁵ Y. Benhamou, magistrat, *Le retour en grâce des juges ?*, Gazette du Palais, 1997, p. 1683.

¹¹²⁶ H. Monnier, caricaturiste, *Un inamovible*, La Caricature, vol. 1, 4 novembre 1830, Maison Balzac, Paris.

¹¹²⁷ Voir par exemple : R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, Domat Droit public, Paris, 15^e éd., 2001, pp. 3-5.

¹¹²⁸ B. Gournay, J.-F. Kesler, J. Siwek-Pouydesseau, *Administration publique*, PUF, Thémis, Paris, 1967, p. 337.

¹¹²⁹ M. Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, Ed. du Seuil, Paris, 1963, p. 254.

¹¹³⁰ B. Gournay, J.-F. Kesler, J. Siwek-Pouydesseau, *op. cit.*, p. 338.

pendant du magistrat judiciaire, au sein de l'ordre administratif. Mais il s'inscrit, et cela se comprend rétrospectivement, dans une autre manière de concevoir le juge. Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos ont clairement mis en exergue, cette distinction. D'après eux, il existe en France : « *une séparation entre une magistrature judiciaire puissante symboliquement mais peu influente politiquement (ceci expliquant cela), et une justice plus technique, moins morale et plus respectée par le pouvoir politique : la justice administrative. Le Conseil d'Etat...procède d'une toute autre tradition, qui est précisément celle du conseil et non de la cour de justice...On n'y juge pas les corps, ni les âmes, mais des comportements ex officio, des actes administratifs...l'important est de mettre l'étiquette au service de la délibération, et non pas, comme dans le rituel judiciaire, d'organiser une confrontation au sacré* »¹¹³¹.

367. Cette différence d'approche, entre les deux ordres de juridictions, a eu des implications distinctes vis-à-vis de l'inamovibilité. La promotion d'une vision dogmatique de cette garantie, pour les magistrats judiciaires, a eu en quelque sorte l'effet d'un « *chiffon rouge* », agité à la face du Pouvoir et de l'Opinion publique. Telle est sentiment d'une partie de la doctrine. Ainsi, pour Pierre Bourdin : « *Si...loin d'être « une loi fondamentale de l'Etat religieusement observée », l'inamovibilité fut fréquemment violée par des voies détournées, elle le dut à l'indépendance absolue – il faut le dire -, à l'excès d'indépendance qu'elle conférait aux magistrats* »¹¹³². Non seulement l'inamovibilité devenait un risque d'abus de pouvoir, par le magistrat, mais elle apparaissait également comme un vecteur d'incompétence de ce dernier. Le Professeur Royer a notamment fait état, en ce sens, d'un rapport de tournée de 1853, dans lequel un magistrat supérieur jugeait : « *que l'un des inconvénients les plus graves de l'inamovibilité absolue des magistrats, est le suivant. Ces magistrats ont atteint le but suprême de leur ambition. Leurs chefs hiérarchiques n'ont plus sur eux aucune action, ils deviennent ou somnolents ou frondeurs, capricieux, inexacts et n'acceptent pas le service* »¹¹³³. L'abaissement, la restriction ou le contournement de cette garantie, se voyait dès lors pleinement légitimée. Le Pouvoir, ne s'en est d'ailleurs pas caché. L'exposé des motifs du décret du 1er mars 1852, sur l'abaissement de la limite d'âge dans la magistrature, précisait : « *L'inamovibilité n'a pas été donnée au juge à titre de faveur personnelle...Lorsqu'il arrive qu'(elle) cesse de protéger le justiciable pour favoriser uniquement la personne du juge...elle devient un embarras pour la bonne administration de la justice ; elle n'a plus de*

¹¹³¹ A. Garapon, I. Papadopoulos, *op. cit.*, p. 159.

¹¹³² R. Bourdin, *op. cit.*, p. 37.

¹¹³³ J.-P. Royer, *La magistrature en Europe*, Revue politique et parlementaire, in La justice et l'Etat, n° 954, juillet-août 1991, p. 24.

raison d'être que dans un espèce de culte superstitieux qu'on ne saurait respecter »¹¹³⁴. De la même façon, en 1880, à l'occasion d'un réquisitoire en matière disciplinaire, le Procureur général Bartauld prenait soin de citer les propos formulés cinquante ans plus tôt, par le Procureur général Dupin : « *l'inamovibilité ne veut pas dire l'impunité...et s'il n'y avait de moyen légal pour contenir les écarts des juges, l'inamovibilité pourrait à la fois arrêter la marche du Gouvernement, et, au lieu d'être une garantie, elle serait un fléau, et comme le salut des peuples est la suprême loi, la législature serait forcée de rechercher d'autres remèdes* »¹¹³⁵. Ce faisant, trois ans seulement devaient s'écouler, avant que n'intervienne la loi du 30 août 1883 autorisant l'épuration de la magistrature.

Par comparaison, la problématique de l'inamovibilité des membres des juridictions administratives¹¹³⁶, a paru trouver intérêt à s'épanouir depuis deux siècles, dans une relative discrétion. Cet impératif a pu sembler d'autant plus nécessaire, que l'ordre administratif entretient un rapport beaucoup plus lointain avec l'idée d'un corps de « magistrats », et plus encore de « magistrats inamovibles ». Il s'en est initialement révélé la négation. La justice administrative, telle qu'elle existe aujourd'hui, a été amenée à se développer dans un cadre différent de celui de son pendant judiciaire. Comme l'ont souligné à cet égard, Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos : « *Cette justice administrative est...beaucoup plus pauvre symboliquement : les juges ne revêtent pas de robe et le rituel de l'audience est relativement restreint* »¹¹³⁷. Elle ne jouit en outre, toujours pas à ce jour, d'une assise constitutionnelle comparable à celle de l'Autorité judiciaire. Mais elle paraît avoir réussi à tirer les bénéfices du trouble ayant entouré son édification, et dont le Professeur Boutmy a justement fait l'éloge s'agissant du système britannique. Dans un parallèle avec la France, l'auteur soutenait en 1903 : « *Les Anglais...ont demandé leurs garanties à un système qui est exactement le contre-pied du nôtre. Au lieu de faire masse de la Constitution, ils ont cherché à lui donner le moins de corps*

¹¹³⁴ Extrait de l'exposé des motifs du décret du 1er mars 1852 sur la limite d'âge dans la magistrature. Cité in : V. Jeanvrot, *op. cit.*, p. 192.

¹¹³⁵ A. Dupin, procureur général, Réquisitoire sous C.Cass. Ch. réunies, arrêt du 30 mai 1832, « *Fouquet* », Sirey, 1833, pp. 564-565. Cité par Bartauld, procureur général, Réquisitoire sous C.Cass. Ch. réunies, arrêt du 1^{er} mars 1880, « *Nourry* », Dalloz, 1880.I.137-138.

¹¹³⁶ Il s'agit ici, des juridictions administratives « *à compétence générale* », que sont le Conseil d'Etat, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs. Dans la suite de l'étude, et notamment à partir du chapitre 2, il conviendra également d'évoquer deux juridictions administratives « *à compétence spéciale* », que sont la Cour de comptes et les chambres régionales des comptes. Ces quatre groupes de juridictions se singularisent au sein de l'ordre administratif, en ce qu'elles bénéficient chacune d'un « *corps* » propre de juges : le corps du Conseil d'Etat, le corps des tribunaux et des cours administratives d'appel, le corps de la Cour des comptes, et celui des chambres régionales des comptes.

¹¹³⁷ A. Garapon, I. Papadopoulos, *op. cit.*, p. 159.

possible, attendu que tout corps est par essence vulnérable...lorsqu'ils l'écrivent, bien loin de rehausser et de différencier leurs textes constitutionnels, ils les sèment et les perdent pour ainsi dire parmi les textes de la législation ordinaire. Faire parader la Constitution en grand costume devant le bataillon des statuts, ce costume fût-il une armure, ce serait la désigner à l'attention et aux attaques. Le plus sûr et de la tenir à l'écart et au loin, avec le corps de réserve, ou, quand il le faut, de la revêtir du simple uniforme de la loi et de la lisser dans le rang sans attribut distinctif»¹¹³⁸. Tel semble être l'esprit qui anime depuis deux siècles, la justice administrative toute entière.

368. Ce faisant, tandis que l'inamovibilité « statique » des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, est souvent conçue comme un modèle pour les autres agents publics, force est de constater que l'approche « absolutiste » dont elle fait l'objet, la fragilise dans cette fonction. Faute de sembler répondre, du fait de l'épée de Damoclès qui pèse sur elle, à cet idéal d'une garantie d'indépendance indiscutable, elle se trouve placée dans une position de mise en concurrence. L'inamovibilité est ainsi susceptible d'être contestée, de manière générale, dans sa faculté à préserver l'indépendance de l'agent proprement dit (**Chapitre 1**). En outre, l'existence parallèle d'une justice administrative, induit une confrontation des inamovibilités reconnues dans les deux ordres de juridictions, concernant leur capacité à assurer au surplus, l'indépendance fonctionnelle du « magistrat » (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'inamovibilité concurrencée en tant que protection personnelle

Chapitre 2. L'inamovibilité concurrencée en tant que protection fonctionnelle

¹¹³⁸ E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, Librairie Armand Colin, Paris, 1903, pp. 75-77.

CHAPITRE 1 . L'inamovibilité concurrencée en tant que protection personnelle

369. Dans un fameux discours prononcé lors de l'examen du projet de loi de sûreté, au début de la Seconde Restauration, Pierre-Paul Royer-Collard avait pris soin d'évoquer dans l'inamovibilité, un : « *principe absolu, ... principe qui consacre la Charte, bien plus que la Charte ne le consacre, parce qu'il est antérieur et supérieur à toutes les règles de gouvernements qu'il surpasse en importance ; principe auquel tend toute société qui ne l'a pas encore obtenu, et qu'aucune société ne perd, après l'avoir possédé, si elle n'est déjà tombée dans l'esclavage* »¹¹³⁹. Loin d'être une critique dirigée contre cette garantie, de tels propos étaient destinés, dans l'esprit de l'homme de droit et de ses partisans, à assurer le maintien et la pérennité de celle-ci. Pourtant, en ce qu'ils revenaient à définir une conception « *absolutiste* » de l'inamovibilité, leur appropriation par le Pouvoir, a permis à celui-ci d'édifier le « *mythe* » dénoncé par Michel Debré en 1958. Le Professeur Jèze s'en est d'ailleurs fait l'écho dans ses *Principes généraux du droit administratif*. Comme l'écrivait alors l'auteur, les expressions d'inamovibilité absolue et de propriété du siège : « *sont des images, de mauvaises formules pour marquer simplement une grande stabilité de l'investiture de la fonction...Elles sont dangereuses, car elles laissent croire que cette stabilité est absolue..., ce qui est une erreur certaine. Une stabilité absolue n'existe pas et ne doit pas exister* »¹¹⁴⁰.

Une telle approche de l'inamovibilité est problématique, dans la mesure où celle-ci se trouve conçue dans un environnement faussement clos. Or, la confrontation entre l'illusion et la réalité, se traduit au détriment de cette garantie. Des atteintes ont été portées à cette dernière, parce que, présentée comme absolue, elle apparaissait comme un obstacle à la primauté du Pouvoir politique. Mais surtout, la réalité de l'inamovibilité est devenue indifférente à celle qui l'entoure. Elle est restée officiellement assimilée, à cet idéal d'une inamovibilité absolue, le Constituant et le législateur se gardant bien de l'adapter, aux évolutions de la société : l'essor du « *positivisme* » juridique, et le développement d'un « *service public* » judiciaire. Cette formule désabusée par laquelle Georges Demartial jugeait en 1907, que :

¹¹³⁹ P. Bruguière, baron de Barante, *La vie politique de M. Royer-Collard, ses discours et ses écrits*, t. 1^{er}, Didier et Cie, Paris, 1861, p. 172.

¹¹⁴⁰ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif – Tome II : la notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, Sirey-Salloz, Bibliothèque Dalloz, rééd., 2003, Paris, pp. 623-624.

« *Tout a changé en France depuis cent ans ; seul le mode d'investiture des magistrats ne change pas* »¹¹⁴¹, pourrait parfaitement être transposée à cette protection. Il s'agit néanmoins ici, d'une vérité vieille de deux siècles, qui reste encore d'actualité aujourd'hui. Plus précisément, au Professeur Hébraud qui affirmait que : « *La dégénérescence de l'inamovibilité tient à ce qu'elle est purement statique* »¹¹⁴², il serait opportun de lui opposer le refus constant de la faire évoluer, au nom de sa prétendue suffisance. Ainsi, comme le constatait le futur Procureur général près la Cour de cassation, Pierre Bézio, les magistrats « *sont restés contre leur volonté...sur la rive* » du progrès du droit de la fonction publique, « *regardant le flot passer* »¹¹⁴³.

370. Au regard des développements précédents, il convient de revenir à une vision plus réaliste de la protection apportée au magistrat, par l'inamovibilité « statique ». Pour prolonger les propos du Professeur Jèze, celle-ci « *n'est pas absolue* »¹¹⁴⁴, « *n'est pas un principe absolu* »¹¹⁴⁵. L'envisager comme tel, serait un « *non sens* »¹¹⁴⁶, un « *leurre* », une « *tromperie des mots...ambiguë et... fallacieuse* »¹¹⁴⁷. La réalité de l'inamovibilité « statique », considérée en elle-même et dans son environnement, est celle d'une garantie d'indépendance (**Section 1**) et d'éviction relatives (**Section 2**).

SECTION 1 . Une garantie d'indépendance relative

371. A l'occasion de son discours précité, Pierre-Paul Royer-Collard avait imaginé un dialogue entre « *le pouvoir chargé d'instituer un juge* » et « *un citoyen* » qui, appelé « *à cette fonction éminente* », craignait de ne pas réussir à exercer son office en toute indépendance. L'échange se concluait alors par une réflexion du

¹¹⁴¹ G. Demartial, *La nomination des magistrats*, Revue politique et parlementaire, avril 1907, pp. 6 et s.

¹¹⁴² P. Hébraud, *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁴³ P. Bézio, *Comparaison entre les garanties de carrière des fonctionnaires et des magistrats de l'ordre judiciaire*, Le Pouvoir judiciaire, n° 228, mai 1978, p. 7.

¹¹⁴⁴ H. Haenel, sénateur, Rapport n° 463 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, Sénat, 30 décembre 1993, p. 75.

¹¹⁴⁵ J.-L. Spriet, *op. cit.*, p. 58.

¹¹⁴⁶ G. Jèze, *Les principes généraux du droit...*, t. 2, *op. cit.*, p. 626.

¹¹⁴⁷ R. Chazelle, *op. cit.*, p. 77.

Pouvoir, au terme de laquelle : « *subjugué par la force toujours croissante des choses, il dit au juge : vous serez inamovible* »¹¹⁴⁸. Cette perception idéalisée de l'inamovibilité, consistant à voir dans cette dernière garantie, un synonyme de l'indépendance du magistrat, a toutefois été vigoureusement critiquée par une partie de la doctrine. Ainsi que l'a écrit de manière particulièrement imagée, Louis Casamayor : « *L'inamovibilité peut être un moyen parmi d'autres, mais on ne saurait la confondre avec l'indépendance pas plus que le muscle ne se confond avec le mouvement* »¹¹⁴⁹. L'Académicien Prévost-Paradol soulignait déjà, près d'un siècle auparavant : « *On soutient volontiers que l'inamovibilité est une garantie suffisante d'indépendance. Rien n'est moins conforme à la logique et à la nature des choses* »¹¹⁵⁰. En effet, dans la mesure où elle s'analyse d'abord sur le plan statutaire, comme une simple garantie contre les évictions arbitraires, l'inamovibilité n'est pas dans l'absolu, à même d'atteindre cet objectif. Elle suppose à cette fin, la réunion de plusieurs conditions. D'une part, elle doit prospérer à Constitution, carte judiciaire et effectifs constants. Elle implique d'autre part, que les magistrats soient recrutés parmi les notables locaux, et répondent *de facto* au canon du « *bon juge* ». A défaut d'évoluer dans un tel cadre, largement fictif, l'inamovibilité doit non seulement être conciliée avec certains impératifs supérieurs (§ 1), mais également être complétée par d'autres garanties en faveur du magistrat (§ 2).

§ 1 . Une garantie supposant d'être conciliée avec d'autres impératifs

372. « *L'inamovibilité n'est pas un dogme absolu, elle doit céder à la force des choses* »¹¹⁵¹. Par ces propos, extraits de l'exposé des motifs du décret du 1^{er} mars 1852 sur la limite d'âge, le Garde des Sceaux Abbatucci, entendait réfuter l'argument tiré du caractère immuable de l'inamovibilité. Cette dernière doit pouvoir être limitée, aussi bien dans un souci de conciliation avec la souveraineté nationale (A), que de bonne organisation de la justice (B), sans pour autant que l'indépendance des magistrats s'en trouve nécessairement affaiblie.

¹¹⁴⁸ P. Bruguière, baron de Barante, *op. cit.*, pp. 171-172.

¹¹⁴⁹ L. Casamayor, *La justice, l'homme et la liberté*, Arthaud, coll. Notre temps, Paris, 1964, p. 66.

¹¹⁵⁰ L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, Michel-Lévy Frères, Paris, 1868, pp. 159-162. Cité in V. Jeanvrot, *op. cit.*, pp. 212-214.

¹¹⁵¹ Extrait de l'exposé des motifs du décret du 1^{er} mars 1852 sur la limite d'âge. Cité in V. Jeanvrot, *op. cit.*, p. 192.

A . Une garantie surestimée

373. Les critiques hier formulées à l'encontre de l'inamovibilité, et consistant à voir dans celle-ci, le socle d'un Etat dans l'Etat, ou le fondement d'une « *église judiciaire aussi étrangère que l'autre église à la démocratie* »¹¹⁵², apparaissent aujourd'hui largement excessives. Au sein d'un Etat démocratique, cette garantie se trouve subordonnée à la souveraineté nationale, tant sur le plan normatif (1°) que matériel (2°).

1°) L'absence d'inamovibilité absolue sur le plan normatif

374. L'inamovibilité des magistrats du siège constitue *a priori* en droit positif, un principe de valeur constitutionnelle, ainsi que cela ressort de l'article 64 alinéa 5 de la Constitution du 4 octobre 1958. Cependant, elle se singularise par son affirmation presque constante, dans les textes constitutionnels qui se sont succédés en France depuis 1791, Les exceptions sont demeurées rares, avec la Constitution « *Montagnarde* » de l'an I, les Lois constitutionnelles de la III^{ème} République, et les Actes constitutionnels du Régime de Vichy. Dans ces conditions, il est possible de s'interroger sur sa capacité à échapper à la volonté du Pouvoir constituant, expression théoriquement parfaite de la souveraineté nationale. Plus précisément, se pose la question de l'éventuelle reconnaissance, du caractère « *supraconstitutionnel* » ou « *para-supraconstitutionnel* » de cette garantie.

375. L'existence d'une inamovibilité « *supraconstitutionnelle* », c'est à dire d'une « *norme d'origine extraconstitutionnelle...non formulée par les textes constitutionnels ou n'en découlant pas* »¹¹⁵³, a déjà été défendue sans succès, au début de la III^{ème} République. Un débat s'est effectivement ouvert sur ce sujet, au moment des travaux préparatoires de la loi du 30 août 1883, sur la réforme de l'organisation judiciaire. A cette occasion, l'opposition conservatrice avait entendu faire échouer le projet législatif, en invoquant des objections tirées de la violation de l'inamovibilité. Selon les intervenants, la suspension de cette garantie pour une durée de trois mois, afin de permettre au gouvernement de procéder à la réduction des personnels des juridictions, portait atteinte à un principe constitutionnel. Il n'était certes pas à proprement parler, fait référence à une inamovibilité « *supraconstitutionnelle* ». Mais le résultat était le même, dans la mesure où les interventions cherchaient à démontrer le fondement constitutionnel de cette garantie, en dépit du silence des Lois constitutionnelles de 1875. Si les arguments avancés,

¹¹⁵² Intervention du Député Pelletan, Chambre des députés, séance du 31 mai 1882, JO, Débats parlementaires, Chambre des députés, p. 744.

¹¹⁵³ G. Vedel, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, Revue Pouvoirs, n° 67, 1993, p. 82.

n'ont pas emporté la conviction des assemblées parlementaires, révélant ainsi les limites de la théorie toute entière¹¹⁵⁴, ils méritent néanmoins d'être énoncés.

Le premier argument fut développé devant le Sénat, lors de la séance du 27 juillet 1883. Son auteur, Pierre Jouin, relevait l'extrême constance avec laquelle l'inamovibilité avait été affirmée par les Constitutions successives, depuis l'an VIII. Le Sénateur prit même un soin particulier à souligner, dans le prolongement de sa réflexion, l'abnégation avec laquelle certains régimes étaient venus confirmer cette garantie au niveau constitutionnel. En ce sens, après avoir dénoncé « *l'auteur du coup d'Etat de 1851* » et « *le violateur* » de la Constitution de la Seconde République, il présentait Louis-Napoléon Bonaparte comme celui qui : « *dans sa proclamation au peuple français, a reconnu ce principe comme une des bases fondamentales de nos institutions et l'a écrit dans l'article 26 de sa constitution du 14 janvier 1852* ». De la même manière, il rappelait qu'en 1870, lorsque : « *le Gouvernement de la défense nationale eut la pensée de mettre la main sur le principe de l'inamovibilité...L'Assemblée nationale, quelques temps après a édicté une loi annulant les décrets...qui ont prononcé la déchéance de 15 magistrats...comme contraires à la règle de la séparation des pouvoirs et au principe de l'inamovibilité de la magistrature* »¹¹⁵⁵. Pierre Juin voyait ainsi dans l'inamovibilité, un principe constitutionnel écrit, façonné par toutes les Constitutions depuis le Consulat, et ayant survécu à l'abrogation de celles-ci. Il en déduisait alors, l'obligation pour le législateur de respecter cette garantie, à moins de prévoir expressément dans les Lois constitutionnelles de 1875, l'abrogation de l'inamovibilité consacrée dans les Constitutions antérieures.

Le second argument fut avancé le 29 juillet suivant, par le Sénateur Anselme Batbie. Au lieu de se référer à un principe constitutionnel écrit, il construisit sa démonstration autour du contenu des Lois constitutionnelles. Après avoir relevé que ces dernières étaient une « *œuvre d'urgence, une espèce de transaction...faite d'une manière très prompte* », il fit remarquer à leur lecture, l'absence « *de tous ces droits, qui, depuis 1789, sont en quelque sorte le fonds commun de toute les constitutions* ». Ainsi, la III^{ème} République se trouvait placée, sur un plan strictement formel, dans une position d'infériorité par rapport aux régimes antérieurs, en matière de protection des droits et libertés. Afin de remédier à cette situation paradoxale, le Sénateur

¹¹⁵⁴ Dans son article, le Doyen Vedel rejetait la « *supraconstitutionnalité* » pour trois raisons : 1° « *le droit positif français (et la) pratique juridique ne connaissent pas de règles juridiques de rang supraconstitutionnel* » ; 2° « *le concept de normes juridiques supraconstitutionnelles est logiquement inconstructible* » ; 3° « *la supraconstitutionnalité est dangereuse pour l'ordre juridique démocratique* », *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁵⁵ Intervention de P. Juin, Sénat, séance du 27 juillet 1883. Citée in Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, 4^e partie, 1883, p. 67.

Batbie proposait alors de recourir à une construction juridique, fondée sur la reconnaissance de l'idée suivant laquelle : « ...*que les constitutions parlent ou qu'elles se taisent, il y a des principes qu'elles renferment implicitement* »¹¹⁵⁶. L'inamovibilité se trouvait en conséquence, rattachée à « *l'esprit de la Constitution* », alors même que le Pouvoir constituant avait omis de l'intégrer dans les Lois constitutionnelles de 1875. Mais le président du Conseil devait finalement refermer le débat, sur une hypothétique inamovibilité « *supraconstitutionnelle* », en déclarant à la tribune : « *Il n'y a pas de constitution tacite ; il n'y a pas de droits constitutionnels par réticence* »¹¹⁵⁷. En ce sens, il reconnaissait au seul Pouvoir constituant, le pouvoir d'intégrer cette garantie au sein du corpus constitutionnel.

376. En revanche, la question de l'existence d'une inamovibilité de nature « *para-supraconstitutionnelle* », c'est à dire d'une norme constitutionnelle expresse insusceptible de révision, ne semble pas avoir été débattue jusqu'à aujourd'hui. Pourtant, la Constitution du 4 octobre 1958 énonce certaines limites, expresses et tacites, à l'intervention du Pouvoir constituant dérivé. Celles-ci ont d'ailleurs été rappelées à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, depuis sa décision du 2 septembre 1992, dite « *Maastricht II* ». A cette occasion, il avait en effet assorti l'affirmation du caractère souverain de ce pouvoir, d'une réserve découlant : « *d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4 du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision* »¹¹⁵⁸. Parmi ces limites, les trois premières supposent d'être écartées immédiatement, dans la mesure où elles se rapportent à des périodes, pendant lesquelles la Constitution ne peut être révisée¹¹⁵⁹. L'article 89 *in fine* de la Constitution, apparaît alors comme le seul obstacle potentiel

¹¹⁵⁶ Intervention d'A. Batbie, séance du 28 juillet 1883, JO, Débats parlementaires, Sénat, 29 juillet 1883, p. 1109.

¹¹⁵⁷ Intervention de J. Ferry, séance du 28 juillet 1883, JO, Débats parlementaires, Sénat, 29 juillet 1883, p. 1109.

¹¹⁵⁸ CC, décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, dite « *Maastricht II* », cons. 19.

¹¹⁵⁹ La limite prévue à l'article 89 alinéa 4, reprend une interdiction déjà formulée à l'article 94 de la Constitution du 27 octobre 1946, au terme de laquelle : « *Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire* ». L'article 7 alinéa 4, énonce de la même façon, que l'article 89 ne peut pas être mis en œuvre : « *durant la vacance de la Présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président de la République et l'élection de son successeur* ». La troisième limite est une construction prétorienne du Conseil constitutionnel, prohibant les révisions constitutionnelles, en période de mise en œuvre de l'article 16 sur les pouvoirs exceptionnels.

à la modification ou à la suppression de l'inamovibilité des magistrats du siège, prévue à l'article 64 alinéa 5 du même texte.

La notion de « *forme républicaine du gouvernement* », demeure néanmoins assez imprécise, et son interprétation ne fait l'objet d'aucun consensus, au sein de la doctrine. Selon une acception étroite, elle s'entend de l'interdiction du retour à la monarchie ou à l'empire, ainsi que du respect du suffrage universel et du régime représentatif¹¹⁶⁰. Mais pour une majorité d'auteurs, il conviendrait d'aller plus loin, en ajoutant la séparation des pouvoirs, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, les normes de droit international et communautaire, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes fondamentaux du droit, les objectifs de valeur constitutionnelle, et toutes les normes du « *bloc de constitutionnalité* », faisant expressément référence au mot « *République* ». Dans le prolongement d'une conception extensive, cette formule semble finalement rejoindre les idées de « *valeur* » et de « *tradition* » républicaines. Or, l'indépendance de la justice a souvent été rattachée à celles-ci. Déjà, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, Robert Lecourt s'interrogeait devant l'Assemblée consultative provisoire, en ces termes : « *Voulons-nous une justice dépendant du pouvoir, une justice à qui...le Gouvernement dicterait ses décisions, alors que, de tradition, par nécessité républicaine, la justice française est indépendante du pouvoir ?* »¹¹⁶¹. Encore quarante ans plus tard, le Député Lauriol dénonçait une atteinte à la présomption d'innocence par le Pouvoir exécutif, jugeant qu'une telle immixtion dans le fonctionnement de la justice : « *viole la tradition républicaine séculaire qui entend garantir l'indépendance de la justice en imposant une stricte réserve du Gouvernement, du Parlement et de l'administration à l'égard de toutes les affaires faisant l'objet d'une procédure juridictionnelle* »¹¹⁶². Dans ces conditions, sachant que l'inamovibilité figure parmi les garanties d'indépendance visées à l'article 64 de la Constitution, elle devrait théoriquement pouvoir être reliée à la notion de « *forme républicaine du gouvernement* », par le truchement de la « *tradition républicaine* ».

377. Pourtant, plusieurs objections conduisent à écarter la qualification de principe « *supraconstitutionnel* », en faveur de l'inamovibilité des magistrats du siège. Un premier argument repose sur l'existence d'une certaine opposition, entre cette garantie et le régime républicain. En effet, chacune des transitions constitutionnelles ayant abouti à l'avènement d'une nouvelle République, depuis la

¹¹⁶⁰ D. Maus, *Sur la forme républicaine du gouvernement*, RFDC, n° 11, 1992, p. 412.

¹¹⁶¹ Intervention de R. Lecourt, séance du 21 février 1945, JO, Débats parlementaires, Assemblée consultative provisoire, 22 février 1945, pp. 148-149.

¹¹⁶² Intervention de M. Lauriol, questions du 21 mars 1983, JO, Débats parlementaires, Assemblée nationale, 22 mars 1983, p. 1262.

Révolution française, a été caractérisée par une même attitude de rejet vis-à-vis de l'inamovibilité. Ainsi, cette garantie ne devait figurer, ni dans la Constitution du 23 juin 1793, adoptée sous la Première République, ni dans les Lois constitutionnelles de la III^{ème} République, ni même dans le projet de Constitution du 19 avril 1946, élaboré au début de la IV^{ème} République. De manière beaucoup plus explicite, le Gouvernement provisoire de la Seconde République, n'a pas hésité à prendre un décret dépourvu de toute ambiguïté, affirmant : « *le principe de l'inamovibilité de la magistrature, incompatible avec le gouvernement républicain* »¹¹⁶³. La V^{ème} République n'a malheureusement pas fait exception à cet *a priori* défavorable, comme l'illustrent les propos tenus par le Garde des Sceaux Michel Debré, devant le Comité consultatif constitutionnel¹¹⁶⁴. En conséquence, il y aurait une certaine « hypocrisie » à voir dans l'inamovibilité des magistrats du siège, l'expression de la « *tradition républicaine* ».

Une seconde objection, est tirée de l'étendue de la notion de : « *forme républicaine du gouvernement* ». Il peut effectivement apparaître erroné d'appréhender celle-ci, comme un synonyme du concept de « *tradition républicaine* ». Michel Verpeaux et Jean-Pierre Camby se sont par exemple prononcés en ce sens, en rappelant que la « *République* » n'est pas, au moins sous l'angle sémantique, une « *forme de gouvernement* »¹¹⁶⁵. L'étude des travaux préparatoires à la Constitution du 4 octobre 1958, vient d'ailleurs corroborer cette opinion. L'amendement proposé par Pierre Marcilhacy, visant à remplacer la notion de « *forme républicaine* » par celle de « *forme démocratique* », fut ainsi rejeté devant le Conseil d'Etat, dans la mesure où il étendait la lettre de l'article 89 *in fine*, au concept de « *République française* »¹¹⁶⁶. Au-delà, cette disposition semble pouvoir faire l'objet d'une interprétation encore plus restrictive, comme cela ressort d'un examen à sa source. Dans une proposition de loi présentée le 23 juillet 1874, Jean Casimir-Perier avait associé la « *forme républicaine du gouvernement* », à un gouvernement assuré par un président et deux chambres, disposant chacun d'une légitimité distincte, mais ayant le suffrage universel pour origine commune. De la même façon, à la veille de l'adoption de l'amendement « *Wallon* », le Professeur et Député Edouard de Laboulaye défendit une disposition prévoyant que : « *Le gouvernement de la République se compose de deux Chambres et d'un*

¹¹⁶³ Décret du 7 avril 1848. Voir : Partie I, Titre I, chapitre 2 de la thèse.

¹¹⁶⁴ DPS, vol. II, 1988, pp. 163-164.

¹¹⁶⁵ M. Verpeaux, *La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, *La République*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 135. J.-P. Camby, *Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe*, RDP, n° 3, 2003, p. 684.

¹¹⁶⁶ DPS, vol. III, 1991, p. 187.

Président »¹¹⁶⁷. Ce concept apparaît alors, étroitement associé à l'idée d'une légitimité des gouvernants, issue du suffrage universel, par opposition à une légitimité divine ou héréditaire. En complétant la formule suivant laquelle : « *La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision* », par une disposition prévoyant que : « *Les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la présidence de la République* »¹¹⁶⁸, la loi constitutionnelle du 14 août 1884, semble avoir entériné cette interprétation. S'il est vrai que ce second alinéa, n'a pas été repris par la Constitution du 27 octobre 1946¹¹⁶⁹, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 disposait dans ses deuxième et troisième alinéa : « *Le gouvernement de la République établit un projet de loi constitutionnelle mettant en principe les principes ci-après : - 1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif* ». Or, il est certain que l'inamovibilité des magistrats du siège, peut difficilement être rattachée à une telle conception.

378. Un dernier argument, repose sur l'absence de sanction en droit positif, de l'interdiction prévue par l'article 89 alinéa 5 de la Constitution. En effet, en dépit d'une réaffirmation constante de sa jurisprudence « *Maastricht II* »¹¹⁷⁰, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour statuer sur une révision constitutionnelle. Déjà, à l'occasion de sa décision du 6 novembre 1962, il s'était refusé à contrôler une loi constitutionnelle qui : « *adoptée par la peuple à la suite d'un référendum, constitue l'expression directe de la souveraineté nationale* »¹¹⁷¹. Après plusieurs années d'incertitude, le Conseil s'est finalement reconnu incompétent pour connaître des lois constitutionnelles, qu'elles émanent indistinctement, du peuple par voie de référendum ou du Parlement réuni en Congrès¹¹⁷². Au regard de ces différents arguments, la reconnaissance de la valeur « *para-supraconstitutionnelle* » de l'inamovibilité des magistrats du siège, paraît donc exclue en l'état du droit. Cette garantie constitutionnelle, est dès lors

¹¹⁶⁷ M. Morabito, D. Bourmaud, *op. cit.*, 5^e éd., 1998, pp. 296-297.

¹¹⁶⁸ Ces deux alinéas venaient compléter l'article 8 de la loi du 25 février 1875, relative à l'organisation des pouvoirs publics.

¹¹⁶⁹ L'article 95 de la Constitution du 27 octobre 1946, disposait : *La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision.*

¹¹⁷⁰ Par exemple : CC, décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, « *Loi organique relative à l'expérimentation locale* », cons. 3 ; CC, décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, « *Loi relative aux libertés et responsabilités locales* », cons. 9.

¹¹⁷¹ CC, décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, dite « *Election du Président de la République au suffrage universel direct* », cons. 2.

¹¹⁷² CC, décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, dite « *Organisation décentralisée de la République* », cons. 1 à 3.

susceptible d'être modifiée ou supprimée par le Pouvoir constituant, dans les conditions prévues par l'article 89 de la Constitution.

2°) L'absence d'inamovibilité absolue sur le plan matériel

Les régimes qui se sont succédé depuis la Révolution française, quelle que soit leur nature, ont été animés par cette même appréhension de voir le contrôle des magistrats leur échapper, une fois ceux-ci désignés. L'inamovibilité, héritée de l'Ancien Régime et jugée responsable de sa chute, suscitait dès lors une méfiance légitime, de la part du Pouvoir politique. Cependant, cette peur semble s'être progressivement muée en une véritable « *superstition* », en complet décalage avec la réalité concrète de l'inamovibilité jusqu'à aujourd'hui, et plus encore avec sa réalité théorique.

379. Cette « *crainte superstitieuse* » semble avoir atteint son paroxysme, au sein de la classe politique, dans les premières décennies de la III^{ème} République. Certains propos tenus à l'occasion des travaux préparatoires de la loi du 30 août 1883, sur la réforme de l'organisation judiciaire, en sont particulièrement révélateurs. Il n'existe alors, pas de mot assez fort pour dénoncer cette garantie. Elle fut présentée tour à tour par ses détracteurs, comme la source d'une « *irresponsabilité ordinaire* »¹¹⁷³, « *le fruit véreux de la vénalité des offices* »¹¹⁷⁴, « *une protection pour la magistrature réactionnaire* »¹¹⁷⁵, ou encore comme une « *forteresse derrière laquelle les juges bénéficiaient d'une scandaleuse impunité* »¹¹⁷⁶. L'idée que les magistrats puissent « *se draper dans le manteau de l'inamovibilité* »¹¹⁷⁷, faisait tout simplement redouter, la « *création de deux souverainetés dans l'Etat* »¹¹⁷⁸. Ainsi

¹¹⁷³ C. Pelletan, séance du 29 mai 1883, JO, Débats parlementaires, Chambre des députés, 1883, p. 1092.

¹¹⁷⁴ Député Rivière, séance du 31 mai 1882, JO, Débats parlementaires, Chambre des députés, 1882, p. 883.

¹¹⁷⁵ G. Clemenceau, séance du 16 juin 1882, JO, Débats parlementaires, Chambre des députés, 1882, p. 796.

¹¹⁷⁶ Député Bisseuil, séance du 9 juin 1882, JO, Débats parlementaires, Chambre des députés, 1882, p. 834.

¹¹⁷⁷ Garde des Sceaux Martin-Feuillée, séance du 27 mai 1883, JO, Débats parlementaires, Chambre des députés, 1883, p. 1070. Baron Lafond de Saint-Maur, séance du 20 juillet 1883, JO, Débats parlementaires, Sénat, 1883, p. 931.

¹¹⁷⁸ Député Granet, séance du 20 janvier 1883, JO, Débats parlementaire, Chambre des députés, 1883, p. 199.

conçue, l'inamovibilité risquait nécessairement de tenir « *en échec la souveraineté nationale* »¹¹⁷⁹.

En dépit d'une plus grande modération dans le choix des termes, une partie de la doctrine s'est inscrite dans une logique analogue, en se référant à une conception « absolutiste » de l'inamovibilité. Il s'agissait alors d'appréhender cette garantie, par rapport à un idéal statutaire. Dans son étude de 1903, consacrée aux *Principes généraux du droit disciplinaire*, Henri Nézard en rappelait les contours en ces termes : « *une fois son pouvoir de nomination épuisé, le Gouvernement n'a plus aucune action sur le juge qui ne peut être déplacé ou désinvesti que par la mort ou par renonciation volontaire. Toute exception à cette règle absolue constituerait une atteinte au principe de l'inamovibilité et l'on va même jusqu'à dire que « l'établissement d'une discipline judiciaire est incompatible avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège »*¹¹⁸⁰. Le respect dû à cette garantie, impliquait en conséquence le droit pour le magistrat, de conserver son siège toute sa vie. Or, loin de tomber en désuétude, cette approche se trouvait encore défendue dans les premières années du XXI^e siècle, obligeant le Conseil d'Etat à se prononcer sur cette question. Dans une ordonnance de référé du 10 juillet 2006, « *Bidalou* », celui-ci a effectivement pris soin de souligner que : « *le principe d'inamovibilité des magistrats du siège n'a pas un caractère absolu* »¹¹⁸¹.

380. Telle est d'ailleurs la réalité théorique de l'inamovibilité, depuis l'Ancienne Monarchie. Elle n'a pas pour objet d'exclure toute possibilité d'éviction, mais uniquement de prévenir celles qui revêtent un caractère arbitraire. L'utilisation alternative des mots « *inamovible* » et « *irrévocable* », par certains juristes avertis, a sans doute favorisé ce glissement. Pourtant, ces deux termes ne sont pas synonymes du point de vue sémantique. Une personne inamovible est irrévocable, dans la mesure où elle « *n'est pas susceptible de révocation unilatérale* »¹¹⁸², par le titulaire du pouvoir de nomination. Appliqué au magistrat du siège, cela signifie que le Pouvoir exécutif ne devrait pas pouvoir l'évincer du corps judiciaire. Cependant, il existe une différence importante, entre la situation d'un agent strictement irrévocable, et celle d'une personne inamovible. Un tiers à l'autorité de nomination,

¹¹⁷⁹ Chambre des députés, séance du 31 mai 1883, p. 1068. Propos de G. Masson, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁸⁰ H. Nézard, *Principes généraux du droit disciplinaire*, Paris, 1903, p. 15. Notamment cité in C. Gour, *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif (problèmes de compétence)*, LGDJ, Paris, 1960, p. 335.

¹¹⁸¹ CE, ordonnance de référé du 10 juillet 2006, « *Bidalou* », Req. n° 294971, Gazette du Palais, 14-15 mars 2007, pp. 17-18.

¹¹⁸² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, 7^e éd., 2005, p. 517.

ne peut pas évincer le premier, à défaut d'une disposition expresse dérogeant au principe du parallélisme des compétences. A l'inverse, l'inamovibilité implique nécessairement l'existence d'une telle disposition, sous réserve que la procédure d'éviction ne soit pas arbitraire. Cette différenciation est d'autant plus fondamentale, que le Conseiller Hello devait l'utiliser avec succès en 1848, pour démontrer la compatibilité de l'inamovibilité des juges, avec le régime républicain. A cette fin, il était remonté à la source de cette distinction, en citant la classification opérée trente ans plus tôt par Henrion de Pansey, à la lumière de l'Ancien droit. Selon le juriconsulte : « *Les fonctions judiciaires peuvent être déléguées de trois manières : en commission, en charge, ou en titre d'office. – Les commissions sont révocables à volonté. – Les charges ne confèrent de même que des fonctions temporaires ; mais le temps en est déterminé par la loi, et pendant la durée, elles sont irrévocables. – Ceux qui sont pourvus à titre d'office sont inamovibles, et ne peuvent être destitués que pour forfaiture préalablement et régulièrement jugée* »¹¹⁸³.

Le magistrat du siège, bien qu'irrévocable par le pouvoir de nomination, peut être évincé du corps judiciaire. Le juge inamovible bénéficie néanmoins de certaines garanties procédurales, destinées à le distinguer de l'agent simplement amovible. Il ne saurait être « *éloigné* » de son emploi, « *dans l'intérêt du service et en dehors de toute sanction disciplinaire, par décision discrétionnaire d'un supérieur hiérarchique* »¹¹⁸⁴. C'est pourquoi, deux catégories spécifiques de révocation ont été prévues pour les magistrats du siège : la destitution pénale, et la déchéance disciplinaire. La « *destitution pénale* » est de loin la plus ancienne, puisqu'elle correspondait à l'hypothèse de révocation établie par l'ordonnance du 21 octobre 1467. Il s'agissait d'une « *peine disciplinaire* », prononcée par une juridiction répressive, à l'encontre d'un juge condamné pour forfaiture ou en raison d'une infraction assimilable¹¹⁸⁵. Cette première catégorie a finalement été supprimée avec l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, le 1^{er} mars 1994. Au contraire, la « *déchéance disciplinaire* » est une création juridique plus récente, issue de l'article 59 de la loi du 20 avril 1810¹¹⁸⁶. Elle constituait une « *sanction disciplinaire* », rendue par la Cour de cassation, siégeant toutes chambres réunies. La déchéance a finalement disparu avec la loi du 30 août 1883, pour se fondre dans une nouvelle

¹¹⁸³ P. Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, t. 1, Chez Théophile Barrois Père, Paris, 1818, pp. 155-156.

¹¹⁸⁴ G. Cornu, *op. cit.*, 7e éd., 2005, p. 54.

¹¹⁸⁵ A. Morin, *De la discipline des cours et tribunaux, du barreau et des corporations d'officiers publics*, t. 2, éd. de Cosse et N. Delamotte, Paris, 1846, pp. 369 et 449.

¹¹⁸⁶ Une catégorie de révocation équivalente, avait néanmoins été développée de manière prétorienne, par les parlements sous l'Ancien Régime.

catégorie plus large : la « *révocation disciplinaire* ». Aujourd'hui prévue à l'article 45, 7° de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958¹¹⁸⁷, cette mesure englobe la « *déchéance disciplinaire* », lorsqu'elle est prononcée par la formation du Conseil supérieur de la magistrature, compétente à l'égard des magistrats du siège.

381. De même qu'elle se distingue de l'irrévocabilité, l'inamovibilité n'est pas synonyme de « désignation à vie ». L'argument ne relève pas ici de la sémantique, mais résulte d'un raisonnement pragmatique. Il serait effectivement contradictoire, d'admettre qu'un juge puisse bénéficier d'un droit viager sur ses fonctions, sans lui imposer en contrepartie, l'obligation de les exercer jusqu'à sa mort. Ce paradoxe ne semble avoir échappé au Pouvoir politique, ni lors de l'adoption de l'ordonnance du 21 octobre 1467, ni au moment du rétablissement de l'inamovibilité à vie en l'an VIII. Considérée comme une garantie d'indépendance, pour le magistrat dans la force de l'âge, la désignation à vie se révélait souvent un handicap, pour le juge vieillissant. Certaines remontrances et mercuriales, s'en firent d'ailleurs l'écho sous l'Ancien Régime. Pour illustration, dans sa mercuriale sur *L'amour de son état*, prononcée en 1698, l'Avocat général d'Aguesseau disait du magistrat « idéal » atteint par l'âge : « ...*tous les jours il sent croître son ardeur, mais tous les jours, il sent diminuer ses forces ; il craint de survivre à lui-même et de faire dire aux autres hommes que, s'il n'a pas encore assez vécu pour la nature, il a trop vécu pour la justice* »¹¹⁸⁸.

En conséquence, la conservation viagère des fonctions n'était susceptible de constituer une garantie, qu'autant qu'elle se trouvait assortie du droit de les quitter, dans des conditions avantageuses. C'est pourquoi, l'ordonnance du 21 octobre 1467 avait prévu une alternative au décès, en interdisant au roi de pourvoir un office : « *s'il n'est vaquant par mort ou par résignation faite de bon gré et consentement du résignant* ». Jusqu'à la Révolution française, les magistrats ont ainsi pu choisir leur successeur, et même vendre ou transmettre leur charge, suite au développement de la patrimonialité des offices. De manière analogue, entre le Consulat et la République décennale, ont été créées les premières pensions de retraite, avec le décret du 2 octobre 1807 et l'ordonnance du 17 août 1824. Il s'agissait alors de donner une issue aux magistrats, que des « *infirmités graves mettaient hors d'état d'exercer leurs fonctions* »¹¹⁸⁹. Les autres juges étaient en revanche contraints de demeurer en poste,

¹¹⁸⁷ Articles 45, 7° et 48, alinéa 1^{er} de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature.

¹¹⁸⁸ Avocat général d'Aguesseau, Mercuriale sur « *L'amour de son état* », Parlement de Paris, 1698. Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française...*, t. 2, *op. cit.*, p. 206.

¹¹⁸⁹ Décret du 2 octobre 1807. L'ordonnance du 17 août 1824 prévoyait également que des pensions seraient attribuées aux veuves et orphelins des magistrats.

sauf à disposer de biens suffisants pour assurer leur subsistance. Envisagée sous cet angle, la généralisation de l'accès à la retraite, consécutive au décret du 1^{er} mars 1852, représente une avancée significative. Depuis cent cinquante ans, l'augmentation du niveau des pensions de retraite, l'élévation de l'espérance de vie¹¹⁹⁰, et l'amélioration de sa qualité¹¹⁹¹, ont sans doute conforté l'institution d'une limite d'âge. Nommé à vie, un magistrat issu du premier concours d'entrée à l'École nationale de la magistrature, et raisonnablement assuré de vivre jusqu'à quatre-vingt ans, pourrait légitimement faire siennes les remontrances de Guy du Faur de Pibrac : « *Nous...entrons trop jeunes (dans les fonctions judiciaires) et en sortons trop vieux : en l'un et en l'autre y sommes inutiles. Il y a saison d'y commencer et saison de s'en retirer* »¹¹⁹².

382. Enfin, la situation du magistrat inamovible, ne coïncide pas avec celle d'un agent « *immobile* ». Ce n'est pas le sens de l'inamovibilité de « résidence », prévue à l'article 4 alinéa 2 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, suivant laquelle : « *le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* ». Cette disposition est principalement destinée, à empêcher qu'un juge puisse faire l'objet d'un déplacement « *administratif* », décidé dans l'intérêt du service. Mais elle ne saurait faire obstacle au prononcé d'une mutation d'office, par la juridiction disciplinaire compétente. A défaut, il deviendrait plus aisé de révoquer un magistrat du siège, dans le respect de l'inamovibilité des « fonctions », que de le déplacer d'une juridiction vers une autre, pour cause « *disciplinaire* ». Vu sous cet angle, les rédacteurs de la loi du 6 janvier 1986 ont été curieusement inspirés, en voyant dans le « *déplacement d'office pour raison disciplinaire* », une exception à l'inamovibilité de résidence reconnue aux « *magistrats administratifs* »¹¹⁹³.

¹¹⁹⁰ L'espérance de vie a progressivement progressé entre le milieu du XVIII^e siècle et le début du XXI^e siècle : vingt-cinq ans en 1750 ; quarante ans en 1850 ; cinquante ans en 1900 ; soixante ans en 1950 ; quatre-vingt ans en 2004. Voir : graphique de l'Institut national d'études démographiques, *L'évolution de l'espérance de vie en France*, octobre 2006, www.ined.fr.

¹¹⁹¹ Alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 22 octobre 1946 : « *Elle (la Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

¹¹⁹² Avocat général Faur de Pibrac, Remontrances prononcées au Parlement de Paris, entre 1565 et 1576. A cette dernière date, il devint président à mortier. Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française...*, t. 2, *op. cit.*, p. 206.

¹¹⁹³ L'article 17 *in fine* de la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986, fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs, prévoyait que : « *Les dispositions de l'article 1^{er} relatives aux mutations ne sont pas applicables lorsque les membres du corps des tribunaux administratifs font l'objet d'un déplacement d'office pour raison disciplinaires* ». Ces

Au-delà, la formule de l'article 4 alinéa 2, n'est pas totalement incompatible avec la prise en compte de l'intérêt du service. Le législateur a effectivement pu, ainsi que cela été démontré au cours de développements précédents, organiser une mobilité géographique et fonctionnelle, dont les modalités ont été validées par le Conseil constitutionnel. Il en aurait sûrement été autrement, si le Statut organique avait prévu que les magistrats du siège : « *ne peuvent être mutés que sur leur demande* », comme c'est actuellement le cas pour les membres des corps d'enseignants-chercheurs¹¹⁹⁴.

B . Une garantie subordonnée

383. Si l'inamovibilité n'est pas absolue au point de prévaloir sur la souveraineté nationale, elle ne saurait de la même façon, imposer le maintien du siège qui en constitue le support. L'inamovibilité constitutionnelle des juges, n'a jamais été complétée au cours de l'histoire, par une « *inamovibilité constitutionnelle* » des tribunaux auxquels ils sont rattachés¹¹⁹⁵, ni des emplois dans lesquels ils sont désignés. Dans ces conditions, le respect de cette garantie apparaît tributaire des règles applicables, en cas de suppression de juridictions (1°) ou d'emplois (2°).

1°) L'inamovibilité dans ses rapports aux suppressions de juridictions

384. Pendant l'Ancienne Monarchie, les magistrats étaient titulaires, ainsi que cela ressort de l'ordonnance du 21 octobre 1467, d'un office de judicature au sein d'une juridiction donnée. Ce lien s'est trouvé naturellement renforcé, avec le développement de la vénalité, puis de l'hérédité des offices. Ainsi, la suppression d'une juridiction entraînait celle des offices en relevant, et se traduisait indirectement par la cessation de l'inamovibilité, pour leurs occupants. Le pouvoir politique devait tout au plus, rembourser le prix des charges supprimées, comme cela fut prévu à l'occasion de la réforme « *Maupeou* », et de la réforme de l'organisation judiciaire consécutive à la Révolution¹¹⁹⁶. Malgré l'effort de centralisation et d'unification de

dispositions ont par la suite été étendues aux membres des cours administratives d'appel, « *lorsqu'ils exercent leurs fonctions de magistrats* », avant d'être codifiées à l'article L. 236-3 du code de justice administrative.

¹¹⁹⁴ Article 4 du décret n° 84-431 du 6 juin 1984, relatif au statut des enseignants-chercheurs de l'enseignement supérieur, JO du 8 juin 18, p. 1784. Depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2009-460 du 23 avril 2009, cette disposition figure à l'article 2 *in fine*, JO du 25 avril 2009, p. 7137.

¹¹⁹⁵ Cet argument a notamment été invoqué par René Warlomont, afin de combattre l'idée d'une inamovibilité « *absolue* » des magistrats judiciaires. Voir : *op. cit.*, p. 100.

¹¹⁹⁶ Cf. Partie I, titre I, chapitre 2 de la thèse.

l'ordre judiciaire, entrepris entre 1790 et 1810, deux siècles vont s'écouler avant de voir les suppressions de juridictions, conditionnées par l'inamovibilité des magistrats du siège.

385. La question des effets attachés à la suppression d'une cour ou d'un tribunal, sur le bénéfice de l'inamovibilité, a d'abord donné lieu à une controverse doctrinale sous la Restauration. Plus précisément, il s'agissait de savoir si les magistrats concernés devaient être appelés de plein droit, pour exercer leurs fonctions dans une des juridictions nouvellement créées, ou dans une de celles auxquelles aurait été dévolue tout ou partie des attributions de la juridiction supprimée. Le théoricien Jean-Baptiste Pailliet, se prononçait en faveur d'une réponse positive, y voyant une conséquence nécessaire de l'article 58 de la Charte du 4 juin 1814¹¹⁹⁷. Selon lui, le respect de cette disposition offrait au Pouvoir politique, quatre possibilités alternatives : « 1° que les juges dont le siège serait supprimé, dussent forcément être appelés dans celui ou dans ceux qui absorberaient l'ancien, si toutefois, en raison de l'accroissement du ressort, il y avait augmentation de juges ; 2° que dans le cas où le nombre n'est point augmenté, et où quelques-uns d'entre eux seulement pourraient trouver place, ils fussent appelés par ordre d'ancienneté ; 3° que tous ceux qui ne pourraient être remplacés conservassent leur qualité ; 4° que si, en consultant l'expérience, on rétablissait l'ancien état, sous quelque forme que l'on déguisât ce retour, les anciens juges fussent remplacés de droit »¹¹⁹⁸.

A l'inverse, Guillaume Carré se révélait partisan de la cessation de l'inamovibilité, en cas de suppression d'une juridiction. Il fondait son raisonnement, sur deux arguments. Le premier était tiré du lien existant entre l'inamovibilité, et l'appartenance à une juridiction donnée. En effet, une lecture complémentaire des articles 57 et 58 de la Charte¹¹⁹⁹, voulait que cette garantie bénéficie uniquement, aux juges nommés et institués par le roi. Or, le Jurisconsulte rappelait que « dans l'institution du magistrat », il était impossible de « faire abstraction du tribunal dont il est constitué membre ». Il en déduisait alors, que : « la prérogative du monarque consiste à pourvoir les tribunaux créés par la loi du nombre de juges que comporte l'organisation qu'elle a déterminée, et son obligation est de les y maintenir ». Le second argument, reposait pour sa part, sur la mutabilité de la loi et de l'organisation

¹¹⁹⁷ « Les juges nommés par le roi sont inamovibles ». Cette disposition sera reprise sans changement, à l'article 49 de la Charte du 14 août 1830, en vigueur sous la Monarchie de Juillet.

¹¹⁹⁸ J.B.J Pailliet, *Droit public français ou histoire des institutions politiques*, By Kleffer, Paris, 1822, p. 1144.

¹¹⁹⁹ Article 57 de la Charte du 4 juin 1814 : « Toute justice émane du roi. Elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue ». Cette disposition sera reprise sans changement, à l'article 48 de la Charte du 30 août 1830, en vigueur sous la Monarchie de Juillet.

judiciaire. Le théoricien prenait soin de souligner, que : « *L'autorité judiciaire est constituée par la loi : elle reste donc soumise au pouvoir législatif, qui peut en tout tems changer, réformer ou modifier la constitution qu'il lui a donné* ». Cependant, si l'article 59 de la Charte constitutionnelle prévoyait que : « *Les cours et tribunaux ordinaires actuellement existants sont maintenus* », il assortissait ce principe d'une exception, formulée dans la phrase suivante : « *Il n'y sera rien changé qu'en vertu d'une loi* ». Guillaume Carré aboutissait donc à cette idée, d'une inamovibilité à juridiction constante. Il concluait sa réflexion en ces termes : « *Par une conséquence naturelle de ces principes, si le pouvoir législatif, usant du droit de changer la constitution de l'ordre judiciaire...l'abolit pour en substituer une nouvelle, ou supprime un ou plusieurs tribunaux établis, dès lors l'institution du juge nous paraît devoir être considérée comme non avenue. C'est un effet qui cesse avec la cause qui l'a produit, c'est à dire avec l'existence du tribunal dont la création avait nécessité cette institution...On ne saurait soutenir avec fondement que cette liberté soit une atteinte à l'inamovibilité du juge* »¹²⁰⁰.

386. Le débat doctrinal opposant Guillaume Carré à Jean-Baptiste Pailliet, est cependant demeuré sans application concrète, jusqu'à l'avant-dernière décennie de la III^{ème} République. Les premières suppressions de juridictions intervenues au lendemain de la Grande Guerre, ont effectivement été justifiées par des considérations économiques, dans le contexte de la « *crise du franc* ». Le décret-loi du 3 septembre 1926¹²⁰¹, remplaçait le tribunal d'arrondissement par le tribunal départemental, entraînant la disparition de cent vingt-huit juridictions à travers la France. Ce texte se voulait respectueux de l'inamovibilité des « *fonctions* », en ce sens que la fermeture d'une juridiction, ne se traduisait pas par la cessation des fonctions de magistrat. Mais les modalités d'affectation des magistrats issus des tribunaux supprimés, s'affranchissaient du respect de l'inamovibilité de « *résidence* ». En application du décret-loi précité, et de la loi du 22 août 1929¹²⁰², ceux-ci pouvaient être mutés d'office dans un poste vacant, ou à la suite d'une autre juridiction. Toutefois, lorsqu'il fut question de rétablir la grande majorité des tribunaux d'arrondissement supprimés quatre ans plus tôt, la loi du 16 juillet 1930 devait se révéler beaucoup plus protectrice. Les magistrats nommés en surnombre, avaient d'abord la faculté de faire connaître les postes sollicités, auprès de la chancellerie. A défaut de voir leur choix ratifié, leur affectation était décidée en priorité, dans une juridiction située dans le ressort de la cour d'appel, du tribunal

¹²⁰⁰ G.L.J. Carré, *Les lois de l'organisation...*, t. 1, *op. cit.*, p. 13.

¹²⁰¹ Décret-loi du 3 septembre 1926, Dalloz, 1926.IV.602.

¹²⁰² Loi du 22 août 1929, Dalloz, 1929.IV.201.

sujet à réduction. Enfin, une dernière alternative consistait à nommer les magistrats intéressés, dans le ressort de l'une des cinq cours d'appel les plus voisines¹²⁰³.

Le problème de la gestion des suppressions de juridictions, au regard de l'inamovibilité, devait ressurgir trente ans plus tard, dans le cadre de la réforme judiciaire entreprise au début de la V^{ème} République. Il s'agissait alors, de reclasser les magistrats des justices de paix et des tribunaux de première instance supprimés, dans les tribunaux d'instance et de grande instance nouvellement créés. Mais comme sous la III^{ème} République, le Pouvoir politique devait se contenter d'adopter des mesures ponctuelles. L'écart était cependant beaucoup plus important. Alors que l'inamovibilité bénéficiait désormais d'une assise constitutionnelle, le reclassement des magistrats se trouvait organisé par un simple décret, pris le 22 décembre 1958¹²⁰⁴. Les magistrats appartenant à un tribunal de première instance, siégeant dans une ville où était créé un tribunal de grande instance, étaient affectés de plein droit à ce tribunal, avec le titre, le rang et les prérogatives dont ils jouissaient précédemment (article 24 alinéa 1^{er}). Il en allait de même pour les juges de paix exerçant leurs fonctions dans une commune, où était établi un tribunal d'instance (article 30 alinéa 1^{er}). En revanche, lorsque le nombre d'emplois disponibles dans un tribunal de grande instance, était inférieur à celui des emplois occupés dans le tribunal de première instance supprimé, les magistrats étaient affectés suivant l'ancienneté, dans l'ordre des nominations. Les magistrats qui n'avaient pu obtenir une nouvelle affectation, étaient provisoirement placés jusqu'à leur nomination dans un poste vacant de la hiérarchie, à la suite du tribunal de grande instance auquel ils devaient initialement être affectés, ou de l'un quelconque des tribunaux de grande instance situé sur le territoire métropolitain (article 24 alinéa 2). Pareillement, les juges de paix qui n'avaient pu intégrer un tribunal d'instance, étaient placés à la suite de l'une de ces juridictions (article 31 alinéa 1^{er}).

Si les règles prévues par le décret du 22 décembre 1958 étaient relativement respectueuses de l'inamovibilité, pour les magistrats directement intégrés dans un tribunal de grande instance ou un tribunal d'instance, il en allait autrement vis-à-vis de ceux placés à la suite. L'article 26, applicable aussi bien aux magistrats qu'aux juges de paix, disposait : « *Si le magistrat intéressé refuse l'affectation à la suite décidée par l'autorité compétente, une nouvelle affectation dans trois nouvelles juridictions lui est proposée. – A défaut d'acceptation dans un délai d'un mois, il peut être affecté à l'une de ces juridictions. Le refus de sa part peut être considérée comme une faute disciplinaire* ». Ainsi, un magistrat invoquant son inamovibilité de

¹²⁰³ Article 5 de la loi du 16 juillet 1930, Dalloz, 1930.IV.214.

¹²⁰⁴ Décret n° 53-1281 du 22 décembre 1958 portant application de l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 et relatif à l'organisation judiciaire, JO, 23 décembre 1958, p. 11572.

« résidence », pour refuser une affectation non consentie, était susceptible de voir son inamovibilité des « fonctions » remise en cause. En outre, l'article 34 permettait qu'un magistrat ou un juge de paix, déjà placé à la suite d'un tribunal de grande instance ou d'instance, puisse être « *ultérieurement affecté à la suite d'une autre juridiction* »¹²⁰⁵.

387. En définitive, il a fallu attendre la loi organique du 19 janvier 1995 pour voir tranchée la controverse de manière durable, en faveur de la thèse défendue par Jean-Baptiste Pailliet. Le Législateur a introduit à cette occasion, un nouvel article 31 au sein du Statut de la magistrature, afin d'organiser les modalités d'affectation des magistrats, en cas de suppression de leur juridiction d'appartenance. Dans les neuf mois au plus tard, avant cette disparition, les magistrats du siège peuvent faire connaître au ministre de la justice, leur souhait d'être affectés aux mêmes fonctions : « *dans la ou l'une des juridictions qui seront compétentes dans tout ou partie du ressort de la juridiction supprimée* » (alinéa 2). A défaut d'avoir formulé une telle demande, une alternative leur est offerte. Ils peuvent d'une part, choisir trois affectations qu'ils souhaiteraient obtenir, à niveau hiérarchique égal, dans la ou l'une des juridictions précitées. Ces demandes doivent alors concerner des fonctions, autres que celles qu'ils exercent. Ils peuvent d'autre part, opter pour trois affectations dans des juridictions de même nature, mais limitrophes. En toute hypothèse, le ministre peut inviter les magistrats intéressés, dans les six mois au plus tard avant la date prévue pour la suppression, à présenter trois demandes d'affectation supplémentaires (alinéa 3). Au jour de la disparition de la juridiction, les magistrats concernés sont en principe nommés, dans l'une des affectations qu'ils ont demandées (alinéa 4). Cependant, dans le cas où les magistrats n'auraient exprimé aucune demande d'affectation, ils sont nommés : « *dans la ou l'une des juridictions qui seront compétentes dans tout ou partie du ressort de la juridiction supprimée dans les fonctions qu'ils occupaient précédemment* » (alinéa 5).

Le Conseil constitutionnel, amené à statuer sur cette disposition, l'a jugée conforme au « *principe de l'inamovibilité des magistrats du siège* ». Il a en effet considéré, dans sa décision du 10 janvier 1995 : « *que cet article confère aux magistrats du siège et du parquet des garanties afférentes à leur nouvelle affectation, équivalentes à celles des conseillers référendaires à la Cour de cassation, en cas de suppression de la juridiction à laquelle ils appartenaient ; que ces garanties supplémentaires sont de nature à satisfaire aux règles et principes à valeur*

¹²⁰⁵ Ces dispositions, jugées excessives, ont été plus tard atténuées par le décret n° 59-345 du 27 février 1959, modifiant les décrets n° 58-1281 et 58-1282 du 22 décembre 1958 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire, et étendant certaines dispositions du décret n° 53-1281 du 22 décembre 1958.

constitutionnelles ci-dessus énoncés »¹²⁰⁶. Mais en vérité, la procédure prévue par l'article 31 du Statut organique, apparaît plus protectrice de l'inamovibilité de « résidence », que celle applicable aux conseillers référendaires. Cette différence ressort nettement de la liberté d'appréciation laissée au garde des Sceaux, dans le cas où le magistrat intéressé n'aurait choisi aucune affectation, avant le sixième mois précédent la suppression de la juridiction. Tandis que le conseiller référendaire est *a priori* susceptible d'être nommé, dans une juridiction située en tout point du territoire national, le magistrat dont la juridiction a été supprimée, doit obligatoirement l'être dans la ou l'une des juridictions couvrant désormais le ressort de cette dernière. L'intérêt de ce dispositif réside au-delà, dans son caractère permanent. Le Député Max Roustan a d'ailleurs pris soin de le souligner, dans son rapport d'information du 29 janvier 2008, sur la réforme de la carte judiciaire¹²⁰⁷. Cette disposition a de prime abord, été adoptée suivant la procédure législative complexe, prévue à l'article 46 de la Constitution. Elle apparaît donc comme le fruit d'une réflexion poussée, à la différence des réglementations antérieures, élaborées dans un contexte dominé par l'urgence. Ensuite, ce dispositif a été soumis au contrôle de constitutionnalité *a priori*, exercé par le Conseil constitutionnel, en application de l'article 61 alinéa 1^{er} de la Constitution. Le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège, est en conséquence présumé respecté, en cas de redéploiement d'effectifs consécutif à la suppression d'une juridiction.

388. La procédure établie par la loi du 19 janvier 1995, a été mise en œuvre pour la première fois, à l'occasion de la réforme de la carte judiciaire, entreprise en 2008. La circulaire du 3 avril 2008, adressée par le garde des Sceaux aux premiers présidents des cours d'appel, a notamment eu pour objet d'en rappeler les modalités d'application¹²⁰⁸. Le dispositif de « *fermeture anticipée des juridictions* », institué à titre d'exception par ce texte, a néanmoins pu susciter une certaine appréhension. Selon celui-ci : « *La date du transfert peut être avancée lorsqu'il existe un consensus entre tous les acteurs concernés, chefs de cours, chefs de juridiction, magistrats, fonctionnaires et auxiliaires de justice et lorsque l'infrastructure immobilière de la juridiction de rattachement est jugée satisfaisante pour permettre le fonctionnement de la nouvelle juridiction* ». La référence à un « *consensus* » entre les acteurs de la juridiction supprimée, ne permet pas de présumer du respect de la procédure prévue à l'article 31. Au contraire, elle laisse entendre qu'il est possible d'y déroger, dès lors

¹²⁰⁶ CC, décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, dite « *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-355 DC du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature* », cons. 38.

¹²⁰⁷ M. Roustan, député, rapport d'information n° 660 du 29 janvier 2008, fait au nom de la délégation à l'aménagement et au développement durable du territoire, sur la carte judiciaire.

¹²⁰⁸ Circulaire n° SG/n° 08-004/MCJ/01.04.08, du 3 avril 2008, relative à la mise en œuvre de la réforme de la carte judiciaire, pp. 3-4.

que les représentants des différentes professions concernées, se sont prononcés en faveur de cette fermeture. La Chancellerie est ultérieurement venue préciser le sens de cette disposition, dans ses réponses à des questions parlementaires. De manière invariable, elle a indiqué que la fermeture anticipée d'une juridiction, suppose : « *la réunion de deux conditions, à savoir que les situations individuelles de chacun des magistrats soient réglées et que l'infrastructure immobilière de la juridiction de rattachement soit jugée satisfaisante pour permettre l'accueil de la juridiction regroupée* »¹²⁰⁹. Si cette information supplémentaire, reste finalement assez floue, elle implique théoriquement que les situations individuelles visées, soient « *régées* » dans le respect du Statut organique de la magistrature¹²¹⁰.

Par ailleurs, la question de l'application de ce dispositif, à d'autres catégories de magistrats qualifiés d'inamovibles par les textes, est susceptible de se poser. Lors d'une conférence de presse du 20 janvier 2009, le premier président de la Cour des comptes a effectivement annoncé, une réforme prochaine de la carte des juridictions financières¹²¹¹. Celle-ci aurait notamment pour objet, de remplacer les vingt-deux chambres régionales des comptes, par des chambres de la Cour des comptes, déconcentrées à l'échelon interrégional. Ainsi, la chancellerie devrait être amenée à reclasser les magistrats des juridictions supprimées, au sein des nouvelles structures. Mais alors que les membres du corps des chambres régionales des comptes, sont expressément qualifiés de « *magistrats...inamovibles* »¹²¹² par la loi, le code des juridictions financières ne contient aucune procédure comparable, à celle prévue par l'article 31 du Statut de la magistrature. Dans ces conditions, trois solutions sont envisageables. La première, faisant abstraction de l'inamovibilité, consisterait à mettre en œuvre le droit commun de la fonction publique. L'administration serait alors habilitée, en vertu de l'article 36 de la loi du 11 janvier 1984, à affecter d'office chaque magistrat : « *dans un emploi de son corps d'origine au besoin en surnombre*

¹²⁰⁹ P. Braouezec, député, question écrite n° 31968, JO du 7 octobre 2008, p. 8527. Ministère de la justice, réponse écrite, JO du 3 février 2009, Assemblée nationale, p. 1114. A. Faulconnier, sénateur, question orale n° 372, JO du 28 janvier 2009, p. 922. A. Marleix, secrétaire d'Etat à l'intérieur et aux collectivités territoriales, réponse orale, JO du 28 janvier 2009, Sénat, p. 922.

¹²¹⁰ Saisi de plusieurs centaines de requêtes dirigées contre le décret n° 2008-1110 du 30 octobre 2008 modifiant le siège et le ressort des tribunaux s'instance, des greffes détachés, des juridictions de proximité et des tribunaux de grande instance, le Conseil d'Etat a écarté le grief tiré de la violation du principe de l'inamovibilité. Voir : CE, arrêt du 19 février 2010, « *M. Molliné et autres* », Req. n° 322407.

¹²¹¹ L. de Charrette, *Séguin veut réformer la Cour des comptes*, Le Figaro, 26 janvier 2009. Dépêche, *Inquiétude sur l'avenir des chambres régionales des comptes*, Maire info, 29 février 2009. Dépêche, *Philippe Séguin, premier président de la Cour des comptes confirme qu'il proposera une suppression des chambres régionales*, Maire info, 20 janvier 2009, www.maire-info.com.

¹²¹² Article L. 212-8 du code des juridictions financières.

provisoire »¹²¹³. La seconde possibilité, serait d'introduire un dispositif spécifique et ponctuel d'affectation des magistrats intéressés, dans la loi supprimant les chambres régionales des comptes¹²¹⁴. Néanmoins, la solution la plus appropriée au regard de l'inamovibilité, consisterait à faire bénéficier les magistrats des chambres régionales des comptes, de la procédure applicables aux magistrats du siège de l'ordre judiciaire. Il serait en effet contradictoire que l'inamovibilité de « résidence », reconnue aux deux catégories de magistrats dans des termes identiques¹²¹⁵, n'emporte pas les mêmes conséquences en cas de suppression d'une juridiction.

2°) L'inamovibilité dans ses rapports aux suppressions d'emplois

389. Les suppressions d'emplois apparaissent, au côté des fermetures de juridictions, comme l'une des principales modalités de rationalisation de l'organisation judiciaire. D'ailleurs, elles ont le plus souvent été mises en œuvre de manière alternative, par le Pouvoir politique. C'est ainsi que l'absence de réforme de la carte judiciaire, entre le Premier Empire et l'avant-dernière décennie de la III^{ème} République, puis de cette dernière jusqu'au début de la V^{ème} République, a été palliée par des réajustements occasionnels d'effectifs. Appliquées à la magistrature assise, ces suppressions d'emplois ont cela de commun avec les fermetures des cours et tribunaux, d'entraîner la disparition de sièges dans les juridictions. Elles constituent alors, de façon analogue, un risque potentiel pour l'inamovibilité des juges. Mais à la différence des secondes, l'atteinte provoquée peut se révéler plus profonde, plus durable, et surtout, plus difficilement sujette à sanction.

Dans l'hypothèse d'une suppression de poste, le respect de l'inamovibilité est *a priori* subordonné, comme en matière de fermeture d'une juridiction, au maintien du magistrat dans le corps judiciaire, et à son consentement préalable à toute nouvelle affectation. Le Pouvoir politique s'est pourtant toujours gardé d'élaborer, une réglementation équivalente à celle prévue par la loi du 19 janvier 1995.

390. Cette omission possède de prime abord une explication historique, la réduction d'effectifs ayant longtemps été perçue, comme une technique de

¹²¹³ Article 36 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

¹²¹⁴ Une loi serait au minimum requise, dans la mesure où l'article L. 210-1 du code des juridictions financières, issu de l'article 84 de la loi du 2 mars 1982, dispose : « *Il est créé dans chaque région une chambre régionale des comptes* ».

¹²¹⁵ L'article L. 212-8 du code des juridictions financières, reprend une formule très largement inspirée de celle prévue à l'article 4 alinéa 2 du Statut organique : « *En conséquence, nul magistrat des chambres régionales des comptes ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* ».

contournement de la garantie précitée. Ainsi, les suppressions de charges constituaient déjà sous l'Ancien Régime, une manière « *indirecte de faire cesser la loi de l'inamovibilité des offices* »¹²¹⁶. Louis XV devait d'ailleurs le démontrer sans équivoque, à l'occasion d'un conflit l'opposant au parlement de Besançon. Le roi ayant décidé d'exiler plusieurs magistrats, au moyen de lettres de cachet, le Parlement de Paris formula des remontrances dans lesquelles il dénonçait l'atteinte portée à cette garantie. Cependant, dans une réponse du 8 avril 1759, le monarque écartait cette critique, affirmant que : « *Le roi, bien instruit de la loi célèbre du roi Louis XI, qui devait être citée seule à cette occasion, entend que les titulaires des offices, tant que ces offices subsistent, ne puissent être privés autrement que par mort, résignation volontaire ou forfaiture bien et dûment jugée, ce qui ne déroge pas au pouvoir de Sa Majesté ; qu'on ne doit pas mettre en question de supprimer des offices, lorsque le bien des sujets et la réformation de quelques parties de l'ordre public peuvent le demander* »¹²¹⁷. Peu de temps après, le nombre de charges de judicatures au parlement de Besançon fut réduit de manière significative, permettant ainsi d'exclure les magistrats récalcitrants.

Les suppressions de sièges survenues dans les débuts de la III^{ème} République, poursuivaient officieusement le même objectif. L'article 11 de la loi du 30 août 1883, accordait effectivement un délai de trois mois au gouvernement, afin de procéder à une « *réduction du personnel des cours d'appel et des tribunaux* ». Le moyen retenu pour atteindre ce but, à savoir l'élimination, fut vivement contesté par l'opposition conservatrice. Cette dernière y voyait une manœuvre politique destinée à masquer la réalité : « *On a pas employé le mot révocation. Cependant c'est bien par voie de révocation que les magistrats éliminés sortiront de leurs compagnies. L'article 11 est donc la violation du principe de l'inamovibilité* »¹²¹⁸. La commission compétente du Sénat, pourtant favorable à la réforme projetée, devait elle-même confirmer l'existence d'une telle violation. Dans son rapport du 17 juillet 1883, Etienne Tenaille-Saligny se voulait clair sur ce point : « *Y a-t-il là une atteinte au principe de l'inamovibilité ? Oui, assurément, puisque la mesure proposée prive de leur siège un certain nombre de magistrats qui, par application de ce principe*

¹²¹⁶ J.-N. Guyot et P.-A. Merlin, *Traité des droits, fonctions, exemptions, prérogatives et privilèges annexés en France à chaque dignité, à chaque office*, t. IV, Chez Visse, Paris, 1788, p. 7.

¹²¹⁷ J. Flammermont et M. Tourneux, *Remontrances du parlement de Paris au XVIII^e siècle*, t. 2, Imprimerie nationale, Paris, 1895, pp. 185-186.

¹²¹⁸ Voir : Dalloz Aîné, *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, IV^e partie, Dalloz, Paris, 1883, p. 67.

devaient espérer le conserver jusqu'à l'âge de la mise en retraite »¹²¹⁹. Ce n'est pas seulement l'inamovibilité de « résidence » qui se trouvait remise en cause, mais la garantie toute entière.

Mais le Pouvoir politique devait ici encore, relativiser la portée d'une telle mesure : « Dans notre système...l'élimination d'un certain nombre de magistrats n'est pas le but principal de la loi. Ce but, c'est la réduction du personnel ; l'élimination, c'est le moyen et la conséquence ». L'ampleur des critiques formulées, a en outre permis de limiter partiellement, l'arbitraire des éliminations opérées. D'une part, leur nombre ne pouvait excéder celui des suppressions de postes, réduisant la pertinence de l'objection suivante, soulevée par Jules Simon : « Je crois que...le coup de balai étant donné, vous rétablirez les choses dans leur premier état. Vous supprimez 800 places pour supprimer 800 hommes, et, quand ces 800 hommes seront partis, je ne suis pas prophète, mais je me permets cependant de vous avertir que vous viendrez nous demander de rétablir les 800 places »¹²²⁰. D'autre part, l'article 11 cantonnait les éliminations automatiques aux seuls magistrats ayant fait partie des commissions mixtes, constituées au lendemain du coup d'Etat du 2 décembre 1851. Pour autant, le gouvernement conservait une latitude appréciable vis-à-vis des magistrats du siège, ainsi que l'écrivait le rapporteur devant la Chambre des députés : « il faut bien remarquer que...les éliminations porteront sur l'ensemble du personnel indistinctement, c'est à dire que, par la suppression d'un siège du parquet quel qu'il soit, un magistrat assis quel qu'il soit peut être éliminé »¹²²¹.

391. Dans ce contexte, il a fallu attendre la IV^{ème} République pour voir émerger une première réglementation, subordonnant explicitement les suppressions de postes, au respect de l'inamovibilité. La procédure établie par le décret du 16 octobre 1953, relatif à l'organisation administrative des services judiciaires, garantissait au minimum le maintien du magistrat dans le corps judiciaire. Au terme de son article 6, il était prévu que : « Les magistrats dont les emplois sont supprimés par le présent décret seront pourvus d'un autre emploi comportant un traitement équivalent à celui qu'ils perçoivent actuellement et bénéficieront de l'inamovibilité quand ils jouissent de cette dernière garantie. – Jusqu'à leur nomination définitive dans un poste régulier, les magistrats dont les postes sont supprimés conserveront leur traitement. Ils seront provisoirement affectés à la suite des cours et tribunaux, à des postes du siège ou du parquet suivant la nature des fonctions qui sont

¹²¹⁹ T. Tenaille-Saligny, rapport du 17 juillet 1883, Sénat, JO du 8 août 1883, annexe n° 344, p. 899.

¹²²⁰ J. Simon, séance du 19 juillet 1883, JO, Débats parlementaires, Sénat, 20 juillet 1883.

¹²²¹ J. Roche, rapport du 1^{er} août 1883, Chambre des députés, JO du 2 août 1883.

actuellement les leurs ; ils y accompliront toutes fonctions judiciaires dans les mêmes conditions que les membres permanents de la juridiction ; ils seront à la disposition du premier président et du procureur général de la cour d'appel pour toute désignation ou mission temporaire dans le ressort »¹²²². Ce dispositif demeurait cependant assez flou, concernant le droit pour les magistrats intéressés, de ne pas faire l'objet d'une nouvelle affectation sans leur consentement. Lors de la phase de mise en œuvre, le gouvernement paraît s'être révélé particulièrement respectueux de cette règle, au point d'avoir pu retarder pendant plusieurs années, certaines affectations¹²²³.

Ce décret constituait néanmoins, à l'instar des premières réglementations relatives aux fermetures de juridictions, une mesure ponctuelle. Or, suivant un constat opéré précédemment, il ne semble pas qu'ait été prévue depuis cette époque, une procédure comparable à celle organisée par l'article 31 du Statut organique. Il peut en conséquence exister une incertitude, concernant les modalités concrètes de nouvelle affectation des magistrats dont le siège a été supprimé. En l'absence de disposition spécifique, venue encadrer les modalités de nouvelle affectation, consécutive à une suppression de poste, il convient de se référer à des règles plus générales. L'article 12 de la loi du 13 juillet 1983, portant droits et obligations de fonctionnaires, dispose que : « *En cas de suppression d'emploi, le fonctionnaire est affecté dans un nouvel emploi dans les conditions prévues par les dispositions statutaires régissant la fonction publique à laquelle il appartient* »¹²²⁴. Le magistrat bénéficie ainsi de l'assurance d'une nouvelle affectation, dans le respect des dispositions applicables à la fonction publique d'Etat et à la magistrature judiciaire. En conséquence, il devrait uniquement pouvoir être affecté dans un emploi du corps judiciaire, moyennant son consentement préalable, et au besoin en surnombre provisoire¹²²⁵. Le pragmatisme du Pouvoir politique, a néanmoins permis de pallier

¹²²² Décret n° 53-1016 du 16 octobre 1953, relatif à l'organisation administrative des services de la justice, JO du 16 octobre 1953, p. 9231.

¹²²³ Appelé à s'expliquer sur la lenteur du reclassement des magistrats du siège, le garde des Sceaux avait invoqué le souci de respecter leur inamovibilité. Voir : question orale, Assemblée nationale, 11 décembre 1956, p. 5899. Il restait ainsi en 1955, soixante-douze magistrats encore placés à la suite. Voir : G. Masson, *op. cit.*, p. 293.

¹²²⁴ Art. 12 *in fine* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, JO du 14 juillet 1983, p. 2174.

¹²²⁵ Art. 36 de la loi n° 84-16, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'Etat : « *Pour l'application du quatrième alinéa de l'article 12 du titre 1er du statut général, en cas de suppression d'emploi, le fonctionnaire est affecté dans un emploi de son corps d'origine au besoin en surnombre provisoire* ». Art. 4, al. 1 et 2 de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature : « *Les magistrats du siège sont inamovibles. – En conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* ».

en partie, au risque d'atteinte à l'inamovibilité, découlant de l'insuffisance législative. Au lieu de supprimer directement des postes occupés, dans une perspective de réduction d'effectifs, le Gouvernement semble désormais privilégier une approche médiate, en jouant sur deux paramètres. Il s'agit d'une part, du nombre de postes ouverts dans le cadre des différentes voies d'accès à la magistrature, et d'autre part, du nombre prévisible de départs en retraite au sein de celle-ci¹²²⁶. En revanche, la technique des réductions d'effectifs par voie d'extinction, de nature à concilier la suppression d'un poste occupé avec l'inamovibilité, est progressivement tombée en désuétude¹²²⁷.

392. Si le respect dû à cette garantie, est susceptible d'être assuré lors de la suppression de l'emploi, il peut toutefois en aller autrement, une fois la réforme aboutie. Lorsque la diminution du nombre de magistrats, s'inscrit dans une politique budgétaire, elle conduit effectivement à s'interroger sur le risque de voir le service judiciaire, fonctionner en sous-effectif. La « *réduction du personnel des cours d'appel et des tribunaux* », consécutive à la loi du 30 août 1883, et justifiée par un impératif de bonne administration de la justice, s'est ainsi traduite par l'essor du « *juge suppléant* ». Cette institution, créée par la loi du 27 ventôse an VIII, avait à l'origine pour objet, le remplacement temporaire des juges et commissaires du gouvernement. Avec la disparition des conseillers et juges auditeurs, sous la Monarchie de Juillet, elle fut progressivement envisagée comme un noviciat pour la magistrature. Mais d'après le Premier président Rousselet, c'est seulement à partir de la loi du 30 août 1883 que les fonctions de juge suppléant, « *jusque-là exceptionnelles* », devinrent « *à peu près permanentes* »¹²²⁸. La prise en charge par ces magistrats d'activités normalement dévolues aux juges de plein exercice, ne posait *a priori* pas de difficulté, dans la mesure où ils étaient également inamovibles¹²²⁹. Cependant, ils pouvaient se voir confier dans un même temps, des fonctions de jugement et d'instruction, sous le contrôle du président de juridiction, et des activités du parquet, sous la direction du procureur près celle-ci. La garantie qui leur était reconnue, constituait ensuite un obstacle à leur évaluation, alors même

¹²²⁶ Voir à ce sujet : Y. Détraigne, S. Sutour, avis n° 104 fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi de finances pour 2009, Assemblée nationale, 20 novembre 2008.

¹²²⁷ Le recours à cette technique, avait pour défaut de retarder la mise en œuvre de la réforme entreprise. Ainsi, lors des travaux préparatoires à la loi des 30-31 août 1883, Théodore Tenaille-Saligny avait estimé que : « *Le pays...ne comprendrait pas...que l'on procédât par voie d'extinction, ce qui reporterait à vingt ans peut-être l'exécution complète de la loi de réduction* », rapport précité. D'ailleurs, à titre de comparaison, la loi constitutionnelle du 14 août 1884 ayant supprimé pour l'avenir, l'institution des sénateurs inamovibles, il fallu attendre 1918 pour voir le dernier disparaître.

¹²²⁸ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 200.

¹²²⁹ R. Warlomont, *op. cit.*, p. 97.

qu'ils étaient supposés effectuer un noviciat, ne garantissant pas leur titularisation. Enfin, il a été nécessaire d'attendre la veille de la Première Guerre mondiale, et la loi du 8 avril 1910, pour qu'une partie des juges suppléants puisse percevoir un traitement, à l'instar des magistrats titulaires¹²³⁰.

La période comprise entre les deux Guerres mondiales constitue, de la même façon, une illustration des distorsions apportées à l'inamovibilité, suite à une réduction excessive des effectifs. Mais au lieu de recourir à l'institution du « *juge suppléant* », le gouvernement a préféré favoriser la mobilité des juges. Le décret-loi du 3 septembre 1926, supprimant les tribunaux d'arrondissement, fut ainsi complété par un décret du 5 novembre de la même année, créant le « *juge délégué* ». Au terme de son article 1^{er}, le premier président d'une cour d'appel pouvait déléguer, après avis du procureur général, un juge du tribunal départemental ou de l'une de ses sections, dans toute localité située dans le ressort de celui-ci ou de celle-là¹²³¹. La doctrine s'est avérée particulièrement critique, vis-à-vis de ce système. Pour les Professeurs César-Bru et Garsonnet : « *Cette institution...était en elle-même mauvaise...Si les premiers juges...ont pu être choisis parmi les anciens magistrats du tribunal supprimé...il n'en a plus été de même au bout de quelques mois d'application de la loi nouvelle. En fait cette juridiction ne fut pas appréciée des justiciables qui préférèrent venir plaider devant la session de rattachement* »¹²³². Malgré la désapprobation populaire et doctrinale, l'institution du juge délégué fut confirmée et confortée, par la loi du 22 août 1929¹²³³. Cette dernière prévoyait la possibilité de remplacer, l'un des trois « *juges résidants* » dans les tribunaux d'arrondissement rétablis, par un juge ou un juge suppléant, appartenant au ressort du tribunal départemental. Cette faculté était ouverte pendant cinq ans, et les délégations étaient décidées pour l'année judiciaire, par le premier président de la cour d'appel, sur désignation de l'assemblée générale de cette dernière. Les limites du nouveau système, furent bientôt atteintes. Quatre ans après la réforme, le procureur général de Bourges dressait le constat suivant : « *Dans la pratique et faute pour la Chancellerie d'avoir pu recruter un personnel capable, en nombre suffisant, ces délégations*

¹²³⁰ Art. 98 de la loi du 8 avril 1910. Selon Marcel Rousselet, deux cents magistrats étaient alors concernés, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 201. Cette rémunération partielle a été maintenue jusqu'en 1958, ainsi que le révèlent les décrets successifs, « *modifiant le nombre des suppléants rétribués et leur répartition dans les cours d'appel* » : décret du 24 juillet 1946 ; décret n° 53-1043 du 16 octobre 1953 ; décret n° 56-1020 du 4 octobre 1956.

¹²³¹ Décret du 5 novembre 1926, Sirey, 1927.4.261-262.

¹²³² C. César-Bru, E. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1931, p. 29.

¹²³³ Article 4 de la loi du 22 août 1929, sur l'organisation des tribunaux de première instance, modifiée par l'article 11 de la loi du 16 juillet 1930, Sirey, IVe partie, 1930, pp. 201-219.

étaient fréquentes et préoccupaient assez vivement les chefs de cours »¹²³⁴. L'intervention du décret-loi du 28 février 1934, devait encore accroître le malaise. Seul un « *juge résident* » était maintenu au siège du tribunal rattaché, la tenue des audiences impliquant le déport périodique, de magistrats appartenant au tribunal de rattachement. Le Premier président Rousselet a vu dans ce dispositif, demeuré en vigueur jusqu'en 1958, une reprise du « *projet de juridictions itinérantes* », discuté et rejeté sous la Constituante¹²³⁵.

393. Il n'existe plus en l'état du droit positif, d'institution équivalente à celle du « *juge suppléant* », ni même du « *juge délégué* ». Pourtant, l'élargissement du champ de compétence des « *magistrats remplaçants* », créés par la loi du 29 octobre 1980, n'est pas sans susciter certaines inquiétudes, au regard de l'inamovibilité de « *résidence* ». Une insuffisance structurelle des effectifs, induisant une systématisation du recours à ce dispositif, s'analyserait dans ces conditions, en une abrogation de fait de cette garantie. Or, la réglementation en vigueur ne semble pas fournir d'indicateur assez précis, pour évaluer le nombre de magistrats, nécessaire au fonctionnement régulier du service public de la justice. Les textes antérieurs à 1883, déterminaient expressément les effectifs des juridictions¹²³⁶. Pour illustration, l'article 4 de la loi du 20 avril 1810, prévoyait que : « *Le nombre des juges des cours (impériales/royales/d'appel) ne pourra excéder, à Paris, 60, et dans les autres cours, 40 ; il ne pourra être, à Paris, au-dessous de 40, et dans les autres cours, de 20* ». Ce texte encadrait également la composition des tribunaux, son article 35 disposant : « *Le tribunal de première instance de Paris sera composé de 36 juges et de 12 suppléants* », et le suivant : « *Les tribunaux placés dans les villes les moins peuplées, et où il y a le moins d'affaires, seront composés de 3 juges* ». Mais ces indications ont été abandonnées par la loi du 30 août 1883, en ce qui concerne les tribunaux et les cours d'appel, le législateur se cantonnant à donner des précisions, sur le « *nombre de magistrats nécessaire pour la validité d'un arrêt* »¹²³⁷. Le règlement continuait à fixer jusqu'à une date récente, les effectifs de la Cour de cassation. D'après le décret du 8 mars 2002, ceux-ci s'élevaient au total, à deux cent

¹²³⁴ A. Popineau, procureur général à Bourges, *Le décret-loi du 28 mars 1934 sur l'organisation judiciaire*, Revue de législation, 1934.1.259.

¹²³⁵ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 193.

¹²³⁶ Voir notamment : loi du 28 ventôse an VIII sur l'organisation des tribunaux ; loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice ; décret du 6 juillet 1810 contenant règlement sur l'organisation et le service des cours royales, des cours d'assises et des cours spéciales.

¹²³⁷ Commentaires de la loi des 30-31 août 1883, sur la réforme de l'organisation judiciaire, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, 1883.4.62.

un magistrats¹²³⁸. Ce texte a cependant été abrogé en 2007, sans qu'aucune norme ne vienne s'y substituer¹²³⁹.

En l'absence d'une réglementation encadrant précisément, le nombre de magistrats nécessaire au fonctionnement des différentes juridictions, la Chancellerie a dégagé des critères, destinés à orienter la répartition des emplois. Ces indicateurs ont été regroupés dans un document méthodologique, diffusé sous forme de circulaire, à partir de la fin des années 1990. La liste comprend notamment, la taille de la juridiction, les flux d'affaires civiles et pénales, les affaires civiles en stock, la productivité des magistrats en matière civile et pénale, le délai de traitement des affaires, la population du ressort lors du dernier recensement, ou encore la qualification : « *département politique de la ville* »¹²⁴⁰. Le Pouvoir politique semble être confronté aux mêmes difficultés, concernant le niveau plus global des créations d'emplois, dans la magistrature. Des critiques ont ainsi été émises, pendant les travaux préparatoires à la loi de finances pour 2009. En application de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), le plafond autorisé d'emplois (PAE) du programme « *justice judiciaire* », est calculé à partir : « *de la consommation moyenne réelle de l'année en cours, à laquelle sont retranchés les départs prévisibles (retraites, mutations, ...) et ajoutées les arrivées de l'année N+1 (sorties d'écoles, mutations) et les extensions en année pleine des recrutements de l'année N sur l'année N+1* ». Or, la prise en compte des emplois effectivement pourvus au cours de l'année N, comme base de dialogue pour la détermination des besoins de l'année N+1, se traduirait par une « *répartition de la pénurie* ». Les responsables de budget opérationnel de programme (RBOP), ne pouvant invoquer les emplois non pourvus, pour établir un déficit lors de l'année N, il serait à « *craindre que les sous-effectifs ne soient jamais compensés* » en N+1, « *autrement que par une augmentation de la charge de travail des magistrats* »¹²⁴¹.

¹²³⁸ Décret n° 2002-349 du 8 mars 2002, fixant les effectifs des magistrats de la Cour de cassation et du service de documentation et d'études de ladite cour, JO du 15 mars 2002, p. 4725.

¹²³⁹ Décret n° 2007-1663 du 26 novembre 2007, fixant les effectifs du service de documentation et d'études de la Cour de cassation, JO du 27 novembre 2007, texte 3.

¹²⁴⁰ Circulaire de la direction des services juridiques, du 18 mars 1999, sur la localisation des emplois de magistrats et de fonctionnaires, note SJ 99-61 AB2/18-03-99. Circulaire de la même direction, du 23 mai 2000, sur la localisation des emplois de magistrats et de fonctionnaires pour l'année 2000, note SJ 00-124 AB2/23-05-2000. J. Bourdin, P. André, J.-P. Placade, Rapport d'information n° 392 fait au nom de la délégation pour la planification, Sénat, 30 juin 2004.

¹²⁴¹ Y. Détraigne, S. Sutour, avis n° 104 fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi de finances pour 2009, Assemblée nationale, 20 novembre 2008.

§ 2 . Une garantie supposant d'être complétée avec d'autres garanties

394. Lors du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), organisé les 7 et 8 novembre 2007 à Dakar, le Conseiller Gabor Szeplaki-Nagy¹²⁴² avait mis en exergue la définition de l'indépendance proposée par la Représentation française. Selon celle-ci : « *Les garanties d'indépendance des juges...sont...données par le principe d'inamovibilité des juges du siège. En fait, la portée politique de ce principe est indirectement commandée par des règles légales qui en sont le complément indispensable et qui concernent, d'une part l'avancement, et d'autre part la discipline* »¹²⁴³. L'inamovibilité constitue en effet une simple base de l'indépendance personnelle du magistrat, en ce qu'elle n'est au final, qu'une protection en matière d'éviction. Faute de couvrir d'autres aspects de la vie professionnelle du magistrat, susceptibles de donner lieu à des atteintes similaires à cette indépendance, l'inamovibilité suppose d'être complétée. Au-delà de la réponse donnée par la Représentation française, elle apparaît plus largement renforcée par des garanties reconnues à l'occasion de la carrière (A), et dans le cadre des fonctions (B).

A . A l'occasion de la carrière

395. Les garanties attachées à la carrière, loin d'entrer en contradiction avec l'inamovibilité, viennent la compléter de manière harmonieuse. A partir du début du XIXe siècle, les tentatives de contournement de cette protection, par le truchement du système de l'avancement, ont conduit la « *classe juridique* » à se focaliser sur les modalités d'encadrement de ce dernier (1°). Cependant, du fait de son caractère diffus, le principe d'égalité devant la carrière apparaît aujourd'hui, comme un prolongement essentiel voire consubstantiel de l'inamovibilité (2°).

1°) La garantie offerte par l'encadrement de l'avancement

396. Comme le constate le Professeur Perrot : « Dans un système où l'exercice de la fonction judiciaire est une profession où l'on entre jeune pour y consacrer sa vie active jusqu'à l'âge de la retraite, il est naturel que la carrière s'échelonne à travers des grades de plus en plus élevés dans la hiérarchie, avec

¹²⁴² Conseiller référendaire à la Cour suprême de Hongrie, directeur de cabinet de la présidence, chargé de présenter le bilan des réponses apportées par les membres de l'AHJUCAF, à la question de la définition de l'indépendance de la justice.

¹²⁴³ AHJUCAF, *op. cit.*, www.ahjucaf.org, Question n° 5.

l'espoir d'occuper des fonctions plus prestigieuses que d'autres »¹²⁴⁴. Mais en dépit de sa légitimité, l'inclination des magistrats pour l'avancement s'est longtemps révélée préjudiciable pour l'inamovibilité. Antoine Cherbuliez s'en faisait d'ailleurs l'écho de manière singulière, sous la Monarchie de Juillet, créant à cet effet un nouveau terme juridique : « le corps exécutif, s'il n'a pas le moyen de punir, a celui de récompenser. La promovibilité est, entre ses mains, un moyen d'influence tout aussi efficace, et par conséquent tout aussi dangereux que l'amovibilité ; surtout si c'est une promovibilité arbitraire »¹²⁴⁵. Les initiatives en faveur d'une réglementation de l'avancement, se sont dès lors heurtées à une même réticence, sinon hostilité de la part des régimes successifs. Dans ces conditions, un siècle va s'écouler en France, entre la circulaire « Trarieux » du 26 septembre 1895, préconisant l'institution d'un premier tableau annuel, et l'émergence d'un dispositif complet d'encadrement de l'avancement¹²⁴⁶.

397. Les premières mesures destinées à lutter contre la « *promovibilité arbitraire* », ont consisté sur le plan chronologique, dans la simplification de la hiérarchie judiciaire et le conditionnement de la progression, au sein de la magistrature. Pendant toute la durée du XIXe siècle, et jusqu'à l'entre-deux-guerres, la hiérarchie judiciaire est demeurée relativement incertaine, et particulièrement complexe. Elle se trouvait largement inspirée du système militaire, par le nombre d'échelons qu'était supposé gravir un juge suppléant, pour espérer atteindre en fin de carrière, les fonctions de premier président de la Cour de cassation. Elle souffrait par ailleurs d'anomalies structurelles, rendant l'ascension malaisée, si ce n'est aléatoire. D'après le Premier président Rousselet, il n'était pas toujours nécessaire de franchir les échelons de la hiérarchie, et les magistrats étaient parfois contraints de régresser dans l'ordre protocolaire, afin d'accéder au grade supérieur¹²⁴⁷. Il a ainsi fallu attendre cent vingt-sept ans, avec le décret du 21 juillet 1927, pour voir défini un véritable cadre hiérarchique. Mais là encore, non moins de douze échelons séparaient les fonctions de juge suppléant, de celles de premier président de chambre à la cour d'appel de Paris. Les hauts magistrats, tels que les membres de la Cour de cassation et les chefs de cours d'appel et du tribunal de la Seine, n'étaient pas intégrés dans ce classement. Près de vingt nouvelles années vont s'écouler, avant que le gouvernement, victime des « *accès de fièvre* » des magistrats, accepte de réduire

¹²⁴⁴ R. Perrot, *Institutions judiciaires, op. cit.*, 12^e éd., 2006, pp. 305-306.

¹²⁴⁵ A. Cherbuliez, *Théories des garanties constitutionnelles*, t. 2, A.B. Cherbuliez et Cie, Paris, 1838, p. 224-225.

¹²⁴⁶ Cf. Partie I, titre I, chapitre 2 de la thèse.

¹²⁴⁷ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 130.

progressivement la gradation judiciaire¹²⁴⁸. Deux échelons furent supprimés au crépuscule du Régime de Vichy, par la loi du 19 mai 1944. Sous la IV^{ème} République, les décrets du 16 octobre 1953 et du 27 mai 1955¹²⁴⁹, permirent d'abaisser le nombre de degrés, à cinq puis quatre grades. Dès les débuts de la V^{ème} République, cette échelle a été portée à seulement deux grades, avec l'ordonnance organique du 22 décembre 1958¹²⁵⁰. Mais cette diminution supposait néanmoins d'être relativisée, dans la mesure où chacun de ces grades, était scindé en deux groupes¹²⁵¹. Le processus de simplification, s'est en conséquence achevé en 2001, avec la suppression des deux groupes qui caractérisaient encore jusqu'ici, le premier grade¹²⁵². Dans ces conditions, la hiérarchie judiciaire comprend aujourd'hui deux niveaux, à savoir le deuxième et le premier grade. Cette liste se trouve d'une certaine manière complétée, par les emplois « *hors hiérarchie* », correspondant aux plus hautes fonctions de la magistrature¹²⁵³.

Cette simplification de la hiérarchie judiciaire, serait toutefois demeurée inutile, si le système des recommandations, avait continué à servir de base de référence pour l'avancement des magistrats. Pour autant, alors que l'inamovibilité en aurait été confortée, le Pouvoir politique s'est toujours refusé à instituer un système généralisé de progression à l'ancienneté. Sa préférence s'est progressivement portée, sur un dispositif intermédiaire, conciliant la liberté et le mérite du magistrat, dans une perspective d'indépendance qualitative. La prise en compte de l'ancienneté, intervient ainsi à deux niveaux dans le déroulement de la carrière. Elle constitue d'une part, une condition nécessaire mais non suffisante de l'accès du second au premier grade. Le magistrat doit justifier : « *de sept années d'ancienneté dont cinq de*

¹²⁴⁸ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, pp. 150-152 ; G. Masson, *op. cit.*, p. 283 ; T.S. Renoux, M. de Villiers, *op. cit.*, p. 548.

¹²⁴⁹ Décret n° 53-1018 du 16 octobre 1953, JO du 17 octobre 1953, p. 9241 ; décret n° 55-724 du 27 mai 1953, JO du 28 mai 1953, p. 5481.

¹²⁵⁰ Art. 2 al. 1^{er} de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature : « *La hiérarchie du corps judiciaire comprend deux grades* ».

¹²⁵¹ Art. 1^{er} du décret n° 58-1277 du 22 décembre 1958, portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « *Indépendamment des magistrats...qui sont placés hors hiérarchie, la hiérarchie du corps judiciaire comprend deux grades divisés chacun en deux groupes* », JO du 23 décembre 1958, p. 11560.

¹²⁵² Art. 1^{er} de la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001, JO du 26 juin 2001, p. 10119. L'article 2 de la loi organique n° 92-189 du 25 février 1992, avait déjà supprimé la division au sein du second grade, JO du 29 février 1992, p. 3086.

¹²⁵³ Art. 3 de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature.

services effectifs en position d'activité ou de détachement depuis leur installation dans leurs premières fonctions judiciaires »¹²⁵⁴. Elle s'applique ensuite à l'avancement d'échelon, à l'intérieur de chacun des deux grades. L'importance de l'ancienneté a d'ailleurs été accrue sur ce point, par la suppression de la liste d'aptitude qui subordonnait, jusqu'en 1992 dans le second grade, et avant 2001 dans le premier, le passage des fonctions du deuxième groupes à celles du premier¹²⁵⁵. Dans les autres hypothèses d'évolution, le principe est celui l'avancement au choix. Il en va notamment ainsi pour l'accès au premier grade, la nomination et l'évolution dans les emplois « *hors hiérarchie* », ou encore l'exercice de certaines fonctions spécialisées. Cette progression ne revêt en aucun cas, un caractère discrétionnaire. Le passage du second au premier grade, implique que le magistrat ait été porté au préalable, sur le tableau d'avancement. Apparue en 1906, cette institution s'entend d'une : « *liste établie (et publiée) chaque année sur laquelle sont inscrits par ordre alphabétique les magistrats dignes d'obtenir un avancement* »¹²⁵⁶. La prise en charge de certaines fonctions, suppose de la même façon, que le magistrat ait été inscrit sur une liste d'aptitude spécifique¹²⁵⁷. Comme le souligne le Professeur Perrot, celle-ci se distingue du tableau d'avancement, en ce que : « *certain magistrats qui méritent d'être promus à un grade supérieur, ne sont pas nécessairement aptes à exercer certaines fonctions délicates* »¹²⁵⁸.

398. L'établissement annuel du tableau d'avancement et des listes d'aptitude, servant de base pour l'accès d'un magistrat, au premier grade ou à certaines fonctions spécialisées, se trouve encadré par deux garanties. La plus ancienne, réside dans la commission d'avancement, institution trouvant son origine dans les décrets du 4 juillet 1927, et du 10 janvier 1935¹²⁵⁹. Son indépendance résulte principalement de sa composition, prévue à l'article 35 du Statut organique. Parmi

¹²⁵⁴ Art. 15 du décret n° 93-21 du 7 janvier 1993, pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature, JO du 8 janvier 1993, p. 441.

¹²⁵⁵ Art. 2 de la loi organique n° 92-189 du 25 février 1992 ; art 1^{er} de la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001.

¹²⁵⁶ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op. cit., 12 éd., 2006, p. 308.

¹²⁵⁷ Art. 36 al. 3 de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature.

¹²⁵⁸ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op. cit., 12 éd., 2006, p. 310. Il est ainsi possible d'évoquer, les fonctions de conseiller référendaire à la Cour de cassation, qui impliquent d'être âgé d'au moins quarante-sept ans, et d'avoir accompli « *deux années de services effectifs dans les cours d'appel ou les tribunaux de grande instance ou de première instance* », art. 9 du décret n° 93-21 du 7 janvier 1993.

¹²⁵⁹ Décret du 4 juillet 1927, Dalloz, 1927, p. 343 ; décret du 10 janvier 1935, Dalloz, 1935, p. 29.

ses vingt membres, deux seulement n'ont pas la qualité de magistrat du siège ou du parquet : l'inspecteur général des services judiciaires ; et le directeur chargé des services judiciaires. Il s'agit cependant, de magistrats du cadre de l'administration centrale de la justice, dont la catégorie est visée à l'article 1^{er} de l'ordonnance organique. En outre, seuls quatre des membres de la commission, ne bénéficient pas d'une légitimité électorale. Tel est le cas des deux magistrats précités, du premier président de la Cour de cassation, et du procureur général près cette dernière. Mais cette situation suppose elle aussi, d'être relativisée. Ces magistrats ne sont pas désignés librement, mais *ès qualités*, à raison des fonctions qu'ils exercent. Les seize autres magistrats, tiennent au contraire leur mandat, de l'élection par les pairs. Ce groupe majoritaire, rassemble : deux magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation, appartenant l'un au siège et l'autre au parquet ; deux premiers présidents et deux procureurs généraux de cour d'appel ; et dix magistrats du corps judiciaire, dont sept du premier grade et trois du second¹²⁶⁰. La présence de magistrats directement élus à ces fonctions, s'inscrit en rupture avec l'état du droit antérieur à 1992¹²⁶¹. Jusqu'à cette date, le garde des Sceaux choisissait lui-même ces seize magistrats, à partir des listes établies après élection. Par ailleurs, la commission comprenait alors deux magistrats supplémentaires, issus du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice, à savoir le directeur des affaires civiles et du sceau, et le directeur des affaires criminelles et des grâces. L'indépendance de cette instance se trouve complétée au-delà, par le statut applicable à ses membres. Leur mandat court pendant trois ans, mais ne peut être renouvelé à son issue. Ils sont irrévocables pendant la durée de leurs fonctions, et les magistrats élus ne peuvent bénéficier à cette occasion, d'un avancement en grade ou d'une promotion hors hiérarchie¹²⁶².

Une seconde garantie venue entourer le tableau d'avancement et les listes d'aptitude, consiste dans leur soumission au principe de « *transparence des nominations* ». Celui-ci trouve son origine dans une circulaire de la Chancellerie, en date du 13 janvier 1982, demandant que soit : « *levé le secret qui entourait jusqu'à présent la préparation des mouvements de magistrats et faisait peser sur eux, en certains cas, un climat insupportable de suspicion* »¹²⁶³. Le législateur a entendu conforter cette exigence, à l'occasion de l'adoption de la loi organique du 25 février 1992, en l'intégrant au Statut de la magistrature. Il en est résulté deux séries de

¹²⁶⁰ Art. 11 de la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007. Avant cette date, la répartition était inversée : trois magistrats appartenaient au premier grade, tandis que les sept autres relevaient du second.

¹²⁶¹ Art. 31 de la loi organique n° 92-189 du 25 février 1992.

¹²⁶² Art. 35-1 et 35-2 de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

¹²⁶³ Cité in T.S. Renoux, M. de Villiers, *op. cit.*, p. 1214.

dispositions, figurant aux articles 27 et 27-1 de ce texte. Applicables à l'accès au grade supérieur, les premières régissent la transmission annuelle des « *listes des magistrats présentés, par ordre de mérite, en vue d'une inscription au tableau d'avancement* ». Celles-ci doivent non seulement être transmises au garde des Sceaux, mais également notifiées aux magistrats visés. En outre, les magistrats « *non compris dans les présentations* », ont la possibilité de présenter « *par la voie hiérarchique, une demande à fin d'inscription* ». La seconde série de dispositions, encadre plus largement, la publicité des projets de « *nomination à une fonction du premier ou du second grade* ». Elle concerne donc aussi bien les magistrats nommés en application du tableau d'avancement, qu'en vertu des listes d'aptitude. Chaque projet fait l'objet d'une diffusion importante. D'une part, il est adressé : « *aux chefs de la Cour de cassation, aux chefs des cours d'appel et des tribunaux supérieurs d'appel, à l'inspecteur général des services judiciaires ainsi qu'aux directeurs et chefs de service de l'administration centrale du ministère de la justice, qui en assurent la diffusion auprès des magistrats en activité dans leur juridiction, dans le ressort de leur juridiction ou de leurs services* ». Il est transmis d'autre part, aux syndicats et organisations professionnelles représentatifs de magistrats, ainsi que sur leur demande, aux magistrats placés dans une autre position que celle de l'activité. Ce droit à l'information se trouve enfin complété, par la faculté reconnue à tout candidat, de présenter ses observations sur le projet de nomination, au garde des Sceaux et au Conseil supérieur de la magistrature.

399. L'ensemble des garanties évoquées, depuis la simplification de la hiérarchie judiciaire, jusqu'au principe de « *transparence des nominations* », assure une égalité objective, entre les candidats à l'avancement. Les magistrats disposent d'un même droit d'inscription, sur le tableau d'avancement ou sur les listes d'aptitude, dès lors qu'ils remplissent les conditions prévues par le décret du 7 janvier 1993, pris pour l'application du Statut organique. L'article 28 du décret précité, prévoit pareillement, que la radiation du tableau d'avancement, constitue une sanction disciplinaire accessoire¹²⁶⁴. Aussi, une telle mesure ne saurait être prononcée à titre principal ou complémentaire, sous peine d'illégalité¹²⁶⁵. Elle doit en outre revêtir, vis-à-vis des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, un caractère juridictionnel, la sanction principale étant infligée par la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature. Cependant, ces garanties ne sont pas de nature à

¹²⁶⁴ « *Les magistrats inscrits au tableau d'avancement qui ont fait l'objet de l'une des sanctions disciplinaires prévues aux articles 2°, 3°, 3° bis, 4° et 4 bis de l'article 45 de l'ordonnance du 22 décembre 1958...sont, d'office, radiés du tableau d'avancement* ».

¹²⁶⁵ Il en va différemment de la législation d'autres Etats. Au Togo par exemple, la radiation du tableau d'avancement constitue une sanction principale, en vertu de l'article 30, 6° de la loi n° 91-11 du 21 août 1996, fixant statut des magistrats.

exclure tout arbitraire à l'occasion des promotions. En dépit du tableau d'avancement et des listes d'aptitude, les pouvoirs de proposition et de nomination appartiennent théoriquement, au garde des Sceaux pour le premier, et au Président de la République concernant le second. Ces compétences respectives apparaissent d'autant plus importantes, que l'inscription sur l'un de ces documents, ne confère aucun droit à être nommé. Le Conseil d'Etat affirme d'ailleurs, au-delà de ce principe¹²⁶⁶, que le refus d'une promotion au choix n'est pas constitutif d'une sanction disciplinaire¹²⁶⁷. Mieux encore, il convient de rappeler que la nomination aux emplois « *hors hiérarchie* », et dans la plupart des fonctions du « *premier ou du second grade* », n'est pas subordonnée à l'établissement préalable d'un tableau d'avancement, ou d'une liste d'aptitude.

Le Pouvoir constituant a néanmoins entendu prévenir un tel risque d'arbitraire. L'article 65 alinéa 4 de la Constitution soumet effectivement les nominations de magistrats, à l'intervention préalable du Conseil supérieur de la magistrature. Sa compétence varie en fonction du poste à pourvoir. Depuis le 4 octobre 1958, il dispose tout d'abord d'un pouvoir de proposition pour la nomination des magistrats du siège à la Cour de cassation et des premiers présidents de cour d'appel. Cette attribution a été étendue aux conseillers référendaires à la Cour de cassation, par l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, et aux présidents de tribunal de grande instance, par la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993. En vertu de ce pouvoir, la formation compétente à l'égard des magistrats du siège : « *recense les candidatures, étudie les dossiers des candidats, les reçoit et arrête, après examen des dossiers...et sur le rapport de l'un de ses membres, une proposition qu'elle soumet, lors d'une séance du Conseil...tenue au Palais de l'Élysée au président de la République* ». Selon l'opinion défendue par le Professeur Renoux, le chef de l'Etat ne serait toutefois pas lié par cette proposition, en raison de sa qualité de « *garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* »¹²⁶⁸. Ce statut ne s'oppose pas pour autant à l'exercice d'un double contrôle, à la fois politique et juridictionnel¹²⁶⁹. Depuis la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993, la nomination dans toutes les autres fonctions du siège, est subordonnée à un avis favorable du Conseil supérieur de la magistrature. Cette exigence concerne, y compris les nominations aux emplois

¹²⁶⁶ CE, arrêt du 20 avril 1988, « *Hubac* », Req. n° 62047 et 82368.

¹²⁶⁷ CE, arrêt du 13 novembre 1942, Dalloz, 1943, p. 127.

¹²⁶⁸ Art 64 alinéa 1^{er} de la Constitution. Voir : T.S. Renoux, M. de Villiers, *op. cit.*, p. 1188.

¹²⁶⁹ Le décret de nomination du Président de la République, est soumis au contreseing du Premier ministre et du garde des Sceaux, en vertu de l'article 19 de la Constitution. Cette même mesure, est par ailleurs susceptible, de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir : CE, 20 mars 1992, « *Union syndicale des magistrats et autres* », Rec. p. 122.

« *hors hiérarchie* », qui ne relèvent pas du pouvoir de proposition. Dans ce cadre, le garde des Sceaux est tenu de saisir pour consultation, la formation compétente du Conseil. Il doit notamment lui transmettre, pour la nomination dans une fonction du premier ou du second grade, le projet et la « *liste des candidats à cette fonction* »¹²⁷⁰. Plus généralement, il doit lui adresser « *les dossiers des magistrats proposés, ceux des candidats qui n'ont pas été retenus par la Chancellerie et spécialement des magistrats qui ont formulé des observations sur les projets de nomination* ». Une fois éclairé par ces données, le Conseil supérieur de la magistrature va rendre un avis, dont la teneur lie le ministre. Il peut ainsi décider, d'après le Professeur Renoux : « *de ne délivrer un avis conforme qu'à l'égard d'une partie des candidats voire même à aucun* »¹²⁷¹.

2°) La garantie offerte par le principe d'égalité

400. Les magistrats bénéficient également, à l'instar des autres agents publics, de l'égalité dans la carrière. Il s'agit là d'un principe tutélaire de gestion de la fonction publique, revêtant une double dimension. Il concerne d'une part, l'égal accès aux emplois publics, qui : « *interdit d'utiliser un système de sélection fondé sur des critères étrangers à la capacité des candidats* »¹²⁷². Cette garantie a initialement été érigée en principe général du droit par le Conseil d'Etat, avant d'être rattachée à l'article 6 de la Déclaration du 26 août 1789, par le Conseil constitutionnel¹²⁷³. Ce principe couvre d'autre part, l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière. Appliqué aux fonctionnaires d'un même corps, il « *implique d'adopter des règles semblables pour* » ceux qui se trouvent « *dans des situations semblables* ». Cette garantie a elle aussi été consacrée par la Haute juridiction administrative, suivie par l'Hôte de la rue de Montpensier¹²⁷⁴. L'égalité dans la carrière se distingue ainsi des règles spécifiques à l'avancement, par son caractère transcendantal. Véritable principe « *métajuridique* », elle régit les différents aspects de la carrière de l'agent,

¹²⁷⁰ Art. 27-1 du Statut organique de la magistrature.

¹²⁷¹ T.S. Renoux, M. de Villiers, *op. cit.*, p. 1188

¹²⁷² O. Dord, *Droit de la fonction publique*, PUF, Thémis, Paris, 2007, p. 46.

¹²⁷³ CE, Ass., arrêt du 28 mai 1954, « *Barel* », concl. Letourneur, Rec. p. 308 ; CC, décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, « *Troisième voie d'accès l'ENA* », con. 2.

¹²⁷⁴ CE Ass., arrêt du 21 juillet 1972, « *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale* », Rec. p. 584 ; CC, décision n° 76-67 DC du 15 juillet 1976, « *Loi modifiant l'ordonnance relative au statut des fonctionnaires* », cons. 1 et 2.

depuis sa candidature à un emploi public, jusqu'à sa sortie du corps auquel il appartenait¹²⁷⁵.

Ce principe présente dans ces conditions, un intérêt tout particulier pour l'indépendance des magistrats. En interdisant « *les privilèges de carrière* », il empêche le recours à certains leviers, tels que l'avancement, comme technique de contournement de l'inamovibilité. Il prévient de la même façon, des atteintes directes à celle-ci, en proscrivant des mesures de disgrâce, motivées par des raisons arbitraires. Le Conseil constitutionnel en a tiré les conséquences, en déterminant les « *règles et principes de valeur constitutionnelle* », dont le respect s'impose au législateur organique. Il fait effectivement figurer parmi ceux-ci, depuis sa décision du 21 février 1992, non seulement « *le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire et la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège, comme l'exige l'article 64 de la Constitution* », mais également « *le principe de l'égal accès des citoyens aux places et emplois publics, proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »¹²⁷⁶. Plus précisément, il fait découler de cette dernière disposition : « *s'agissant du recrutement des magistrats, en premier lieu, qu'il ne soit tenu compte que des capacités, vertus et talents ; en deuxième lieu, que les capacités, vertus et talents ainsi pris en compte soient en relation avec les fonctions de magistrats et garantissent l'égalité des citoyens devant la justice ; qu'enfin, les magistrats soient traités de façon égale dans le déroulement de leur carrière* »¹²⁷⁷.

401. Le lien qui unit l'égalité étudiée à l'indépendance et à l'inamovibilité, ne saurait toutefois être appréhendé sous le seul prisme des rapports entre la magistrature et le Pouvoir politique. En effet, ces trois garanties poursuivent une même finalité, la protection des justiciables, et participent ainsi de l'organisation et du fonctionnement du service public de la justice. L'égalité dans la carrière, constitue donc une composante de l'égalité devant la justice, principe plus large, signifiant que : « *toute personne a une égale vocation à être jugée par les mêmes juridictions et selon les mêmes règles de procédure, sans la moindre discrimination* »¹²⁷⁸. Considéré comme une conséquence directe du principe d'égalité des citoyens devant la loi, ce second principe s'est lui-même vu reconnaître une valeur constitutionnelle,

¹²⁷⁵ A. Plantey, *La fonction publique – Traité général*, Litec, Paris, Paris, 2^e éd., 2001, pp. 131-132.

¹²⁷⁶ CC, décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, cons. 7.

¹²⁷⁷ CC, décision n° 98-396 DC du 19 février 1998, cons. 3.

¹²⁷⁸ R. Perrot, *op. cit.*, 12^e éd., 2006, p. 61.

à l'occasion de la décision dite « *Juge unique* », du 23 juillet 1975¹²⁷⁹. C'est en y recourant que le Conseil constitutionnel a progressivement pu étendre, à partir du début des années 1990, la portée de l'article 64 alinéa 3 de la Constitution. Alors que cette disposition était réputée bénéficier aux seuls juges professionnels recrutés suivant les voies ordinaires, le Conseil en a élargi l'application aux magistrats issus d'un recrutement exceptionnel¹²⁸⁰ et aux juges occasionnels exerçant « *des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière* »¹²⁸¹. Dans sa décision du 20 février 2003, il a ainsi exigé que les juges de proximité soient « *soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats sous la seule réserve des dispositions spécifiques qu'imposent l'exercice à titre temporaire ou partiel de leurs fonctions* », afin de satisfaire « *au principe d'indépendance, indissociable de l'exercice des fonctions judiciaires, (et) aux exigences de capacité, qui découlent de l'article 6 de la Déclaration de 1789* »¹²⁸².

Ce mouvement d'extension de l'égalité dans la carrière, vers une égalité devant la justice, est de nature à renforcer une nouvelle fois l'indépendance et l'inamovibilité. Le Pouvoir politique ne devrait plus être en mesure de tourner cette dernière, en confiant des fonctions ordinairement dévolues à des magistrats inamovibles, à des juges dépourvus de cette garantie. L'égalité devant la justice rejoint en ce sens, le droit au juge naturel, tel qu'énoncé par l'article 17 de la loi des 16 et 24 août 1790, et suivant lequel : « *L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi* ». En adoptant cette disposition, l'Assemblée nationale constituante entendait condamner le système judiciaire de l'Ancien Régime, profondément inégalitaire, avec ses privilèges de juridiction et ses justices d'exception. Le principe du juge naturel, bien que consacré par six des dix premières

¹²⁷⁹ CC, décision n° 73-56 DC du 23 juillet 1975, cons. 4.

¹²⁸⁰ « *Considérant qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle ne s'opposent à un mode de recrutement exceptionnel et transitoire de magistrats, motivé par la pénurie de personnel observé dans certaines catégories de juridictions ; que, toutefois, les règles de recrutement des magistrats de l'ordre judiciaire fixées par le législateur organique doivent concourir, notamment en posant des exigences précises quant à la capacité des intéressés conformes aux conditions découlant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à assurer l'égalité devant la justice que de l'indépendance, dans l'exercice de leurs fonctions, des magistrats ainsi recrutés* », CC, décision n° 98-396 DC du 19 février 1998, cons. 8.

¹²⁸¹ CC, décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, cons. 64 ; CC, décision n° 98-396 DC du 19 février 1998, cons. 1 ; CC, décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 15.

¹²⁸² CC, décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, cons. 3 et 4.

Constitutions, qui se sont succédées depuis la Révolution¹²⁸³, n'a plus été repris depuis 1852. Cela justifie l'absence de reconnaissance en droit positif, d'un principe autonome, distinct de l'égalité devant la justice, et plus largement de l'égalité devant la loi¹²⁸⁴. La dépendance de cette garantie législative, vis-à-vis du principe d'égalité, se trouve néanmoins tempérée par l'étude de ses origines. La conception française du droit au juge naturel, serait née au XVe siècle, dans le cadre du « *conflit entre le centralisme monarchique et l'administration autonome des Etats* ». Selon le Professeur Seif, elle aurait alors été conçue comme un moyen de préserver les offices inamovibles, contre le développement progressif des commissions extraordinaires, dans le domaine de la justice¹²⁸⁵. Le principe du juge naturel permet dans ces conditions, de révéler le lien presque mécanique qui unit l'inamovibilité, à l'égalité devant la justice. Cette dernière assure en droit positif, le respect d'un droit revendiqué sous l'Ancien Régime, pour préserver l'inamovibilité des magistrats.

402. Ainsi conçu, le principe d'égalité devant la justice permet d'éclairer les relations, entre l'inamovibilité et les attributions dévolues aux chefs de juridiction, vis-à-vis des autres magistrats. Le droit positif reconnaît effectivement aux premiers, une compétence étendue, pour déterminer la formation du tribunal ou de la cour, dont ils ont la charge. Cependant, le respect de l'indépendance prévue par l'article 64 de la Constitution, ne saurait *a priori* être invoqué ici, cette garantie ayant vocation à préserver l'Autorité judiciaire contre l'arbitraire gouvernemental sinon extrajudiciaire. L'inamovibilité de résidence issue de l'article 4 du Statut organique, est elle-même insusceptible d'application, dans la mesure où elle concerne uniquement, les transports d'une juridiction vers une autre. Mais cette lacune est susceptible d'être palliée, au moyen d'une référence à la « *règle de la préconstitution du juge* », composante du droit au juge naturel. Celle-ci « *s'oppose* », selon le

¹²⁸³ Titre III, chap. V, art. 4 de la Constitution des 3-4 septembre 1791 ; art. 204 de la Constitution du 5 fructidor an III ; art. 62 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 ; art. 60 de l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 ; art. 53 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 ; et art. 4 de la Constitution du 4 novembre 1848.

¹²⁸⁴ Il en va différemment en droit italien, l'article 25 alinéa 1^{er} de la Constitution du 27 décembre 1947, disposant : « *Nul ne peut être soustrait au juge naturel désigné par la loi* ». Sur le rapport entre le droit au juge naturel et le principe d'égalité, voir : T.S. Renoux, *Le droit au juge naturel, droit fondamental*, RTDC, janvier-mars 1993, pp. 33-58.

¹²⁸⁵ « *Les premières revendications d'une garantie du juge naturel sont la manifestation de la protestation des Etats contre les commissions royales. L'opposition entre l'office judiciaire permanent du juge appartenant aux Etats et la commission extraordinaire du monarque transmet l'idée selon laquelle la violation de l'ordre des compétences entraîne une décision dont le contenu est arbitraire : la personne qui tient un office judiciaire permanent a un pouvoir indépendant de décision, alors que le commissaire ne fait qu'exécuter les instructions et les ordres donnés par le monarque* », U. Seif, *Droit et justice retenue. Sur les origines de la garantie du « juge naturel » en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVIIe au XIXe siècle*, Revue d'histoire du droit, avril-juin 2005, pp. 218-219.

Professeur Renoux, « à ce qu'un chef de juridiction puisse librement décider, au cas par cas, du choix des magistrats devant composer une juridiction »¹²⁸⁶. La définition matérielle classique de l'inamovibilité, résultant de l'article 64 de la Constitution et de l'article 4 du Statut des magistrats, va en conséquence être prolongée par le recours à une « *inamovibilité égalité* ».

403. L'égalité devant la justice trouve d'abord à s'appliquer en matière de collation des fonctions, au sein d'une juridiction donnée. L'article L. 121-3 du code de l'organisation judiciaire, prévoit que : « *Chaque année, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel, le président du tribunal de grande instance, et le magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance répartissent les juges dans les différents services de la juridiction* »¹²⁸⁷. Le pouvoir accordé au chef de juridiction, par cette disposition, apparaît confortée par le « *principe de non spécialisation du juge* ». Notamment applicable devant les juridictions de jugement, il signifie que les mêmes juges du siège, peuvent être amenés à connaître des contentieux privé et pénal. Il en résulte deux effets distincts, suivant la taille et les attributions de la juridiction¹²⁸⁸. Dans les tribunaux de grande instance comptant cinq juges au plus, et dans les tribunaux d'instance, les mêmes juges sont susceptibles de tenir alternativement, des audiences civiles et des audiences pénales. Au sein des juridictions plus importantes, les magistrats peuvent en revanche, être conduits à siéger chaque année, dans une chambre de spécialisation différente. Un juge de grande instance peut ainsi rouler d'une année sur l'autre, d'une chambre civile vers une chambre correctionnelle, tandis qu'un conseiller de cour d'appel est susceptible d'évoluer d'une chambre sociale vers une chambre commerciale, ou d'une chambre civile vers une chambre des appels correctionnels. Les arguments en faveur du roulement des magistrats au détriment de la fixité dans les fonctions, viennent légitimer l'étendue de ces attributions. A la fin du XVIe siècle, Jean Bodin expliquait déjà la nécessité de faire rouler les conseillers, au sein de la chambre criminelle d'un parlement, par le souci : « *d'empêcher que l'habitude de condamner à des peines afflictives n'altérât la douceur des juges et ne les rendit inhumains* »¹²⁸⁹. Elargissant son étude à la matière civile, Guillaume Carré l'envisageait également en 1825, comme un moyen d'assurer

¹²⁸⁶ T.S. Renoux, *Le droit au juge naturel...*, *op. cit.*, p. 58.

¹²⁸⁷ Disposition issue de l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, portant refonte du code de l'organisation judiciaire, et modifiant le code de commerce, le code rural, et le code de procédure pénale.

¹²⁸⁸ T.S. Renoux, *Le droit au juge naturel...*, *op. cit.*, p. 58 ; R. Perrot, *op. cit.* 12^e éd., 2006, pp. 99, 105, 146-147, 158-159, et 193.

¹²⁸⁹ Cité in : M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 27.

l'équilibre des compétences entre les chambres, et l'uniformité de la jurisprudence à l'échelle de la juridiction¹²⁹⁰. Cette règle permettrait enfin de répondre, d'après le Professeur Perrot, à un « *triple souci : parfaire la formation des magistrats, échapper à la routine et surtout éviter qu'un magistrat, par son ascendant et sa personnalité, ne prenne trop d'autorité sur ses autres collègues, ce qui aurait pour résultat de fausser le principe de la collégialité* »¹²⁹¹.

La compétence dévolue au chef de juridiction, n'est toutefois pas sans limite. Son exercice est en premier lieu, subordonné au respect de deux conditions de forme et de procédure. D'une part, la répartition des juges entre les différents services de la juridiction, n'est pas libre au cours de l'année judiciaire. Elle doit être organisée en application de l'article R. 121-1 du code de l'organisation judiciaire, par une ordonnance annuelle du chef de juridiction, prise « *avant le début de l'année judiciaire* ». Les modalités concrètes de répartition diffèrent un peu suivant la taille de la juridiction. Dans les petits tribunaux, statuant à juge unique ou comptant cinq juges au plus, l'ordonnance a pour objet de répartir les affaires traitées, entre les magistrats y siégeant. Elle assure en revanche la répartition des juges, entre les chambres spécialisées, au sein des juridictions de plus grande dimension. Le principe du roulement annuel se trouve néanmoins atténué, dans l'intérêt du service. La modification de l'ordonnance est autorisée en cours d'année, par le même article, dès lors qu'elle est destinée à « *prendre en compte un changement dans la composition de la juridiction* », ou à « *prévoir un service allégé pendant la période (pendant) laquelle les magistrats, les fonctionnaires et les auxiliaires de justice bénéficient de leurs congés annuel* ». Une telle rectification est dès lors supposée demeurer exceptionnelle. A cette première condition, s'ajoute d'autre part, l'obligation de requérir l'avis de l'assemblée générale de la juridiction, préalablement à l'adoption ou à la modification de l'ordonnance annuelle de collation. Cette exigence ne résulte pas d'une disposition législative générale, mais des dispositions réglementaires du code de l'organisation judiciaire applicables aux différentes catégories de juridiction. Pour autant, le Conseil constitutionnel l'a explicitement désignée, dans sa décision du 20 janvier 2005, comme une condition du respect du principe d'égalité devant la justice¹²⁹². Ensuite, le pouvoir reconnu au chef de juridiction ne couvre pas l'ensemble des fonctions de jugement. Certaines attributions, se trouvent au contraire, partiellement exclues de son champ d'application. Tel est le cas de fonctions spécifiques occupées par des magistrats spécialement désignés par le

¹²⁹⁰ G.L.J. Carré, *Les lois de l'organisation...*, t. 1, *op. cit.*, pp. 145-146.

¹²⁹¹ R. Perrot, *op. cit.*, 12^e éd., 2006, pp. 99-100.

¹²⁹² CC, décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, « *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité, et du tribunal de grande instance* », cons. 25.

Président de la République, comme celles de juge des enfants ou de juge aux affaires familiales. Il convient en second lieu d'évoquer, au-delà des limites légales de forme et de procédure, le développement d'une pratique largement favorable, à la stabilité des magistrats dans leurs fonctions. Pour le Professeur Perrot : *« la règle du roulement est actuellement très décriée et parfois peu suivie : à une époque où le droit se complique, où la législation est abondante et très mouvante, pour qu'une matière soit bien connue, il faut souvent une longue pratique ; ce qui implique une certaine spécialisation incompatible avec un roulement annuel. De là, parfois, une application très souple de cette règle »*¹²⁹³. Il en résulte ainsi en pratique, et grâce à l'encadrement permis par le principe d'égalité devant la justice, une certaine *« inamovibilité de fait des juges dans leurs fonctions »*.

404. L'égalité devant la justice trouve également à s'appliquer au choix de la formation de jugement. La loi confère effectivement au chef de juridiction la possibilité de déterminer, dans certaines hypothèses, la structure compétente devant le tribunal de grande instance et le tribunal correctionnel. Dans le domaine civil, l'article 3-1 alinéa 1^{er} de la loi du 10 juillet 1970 prévoit que : *« le président du tribunal ou le magistrat délégué par lui à cet effet peut décider qu'une affaire sera jugée par le tribunal de grande instance statuant à juge unique »*¹²⁹⁴. L'article 398 alinéa 2 du code de procédure pénale dispose de la même façon, en matière délictuelle, que : *« Lorsqu'un procès paraît de nature à entraîner de longs débats, le président du tribunal de grande instance peut décider qu'un ou plusieurs magistrats du siège supplémentaires assisteront aux débats »*. En revanche, par opposition à la sphère civile, le chef de juridiction ne bénéficie en matière répressive, d'aucune latitude dans le recours à l'unité de juge. Le législateur a lui-même entendu fixer, aux articles 398 alinéa 3 et 398-1 du code de procédure pénale, la liste des délits dont le jugement relève obligatoirement du juge unique. Cette spécificité trouve son origine dans une décision du 23 juillet 1975, rendue par le Conseil constitutionnel¹²⁹⁵. Ce dernier avait alors censuré une disposition législative, laissant : *« au président du tribunal de grande instance la faculté, en toutes matières relevant de la compétence du tribunal correctionnel à l'exception des délits de presse, de décider de manière discrétionnaire et sans recours si ce tribunal »* statuerait en formation collégiale, ou à juge unique. Dans sa démonstration, le Conseil s'est référé au *« principe d'égalité devant la justice qui est inclus dans le principe d'égalité devant la loi »*, avant d'en déduire que son respect : *« fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des*

¹²⁹³ R. Perrot, *op. cit.*, 12e éd., 2006, p. 100.

¹²⁹⁴ Loi n° 70-613 du 10 juillet 1970, modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire.

¹²⁹⁵ CC, décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, dite *« Juge unique »*.

conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes ».

En dépit de la solution adoptée par le Conseil constitutionnel, il ne semble pas que le principe d'égalité devant la justice, interdise toute liberté de choix du chef de juridiction en matière pénale. Celle-ci doit toutefois faire l'objet, d'un encadrement législatif suffisant. Cette exigence ressort d'une lecture *a contrario* de la jurisprudence constitutionnelle. Pour le Conseil, l'article 34 de la Constitution « *s'oppose à ce que le législateur, s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celle des droits et libertés de citoyens, confie à une autre autorité* » la détermination discrétionnaire de la formation de jugement. C'est dans cet encadrement que réside la différence entre la législation applicable en matière civile, et la disposition soumise au contrôle du Conseil constitutionnel en 1975. La réglementation issue de la loi du 10 juillet 1970, assortit le pouvoir du président du tribunal de plusieurs limites. D'une part, l'article 212-2 alinéa 2 du code de l'organisation judiciaire exclut le recours au juge unique dans des matières caractérisées par leur gravité, telles que les domaines disciplinaires ou relatifs à l'état des personnes. L'alinéa précédent reconnaît d'autre part, à chacune des parties, « *sur demande non motivée* », le droit d'obtenir le renvoi de l'affaire à la formation collégiale, « *compte tenu de l'objet du litige ou de la nature des questions à juger* ». Ainsi, le Conseil constitutionnel aurait peut-être statué autrement dans sa décision précitée, si le législateur avait dégagé des critères destinés à orienter le choix du chef de juridiction, et organisé une procédure de renvoi automatique à la formation collégiale, sur la requête d'une partie au litige¹²⁹⁶. L'application du principe d'égalité devant la justice est, dans ces conditions, susceptible de prolonger l'inamovibilité des magistrats à deux égards. Elle interdit d'abord l'utilisation du juge unique, comme moyen d'évincer des magistrats de la connaissance d'une affaire qui leur aurait été attribuée dans le cadre d'une formation collégiale. Elle empêche ensuite de recourir à l'unité de juge, pour neutraliser l'immunité juridictionnelle dans une affaire donnée, et obtenir un jugement conforme aux vues du Pouvoir politique.

B . A l'occasion des fonctions

405. Ainsi que cela avait été souligné, au moment de l'étude de la « garantie juridictionnelle » de l'inamovibilité, la protection juridictionnelle dont bénéficient les magistrats du siège ne se réduit pas à celle-ci. L'immunité joue à ses côtés, un rôle important et complémentaire. Dans le cadre de leurs fonctions juridictionnelles, les

¹²⁹⁶ Cette opinion semble notamment défendue par Thierry Renoux, in *Le droit au juge naturel...*, *op. cit.*, pp. 56-57.

magistrats sont couverts par le principe de collégialité (1°), et par l'existence de régimes de responsabilité distincts de la responsabilité disciplinaire classique (2°).

1°) La garantie offerte par le système de la collégialité

406. Le principe de collégialité est susceptible de s'entendre, d'après la formule proposée par Gérard Cornu, comme le : « *système d'organisation judiciaire selon lequel les décisions de justice sont...prises après délibération en commun par plusieurs magistrats* »¹²⁹⁷. Deux précisions méritent toutefois d'être apportées. D'une part, ce principe ne constitue plus depuis l'an VIII, le propre de l'ordre judiciaire. Il bénéficie également aux juridictions administratives. D'autre part, la collégialité implique historiquement et en application du droit positif, la participation d'au moins trois personnes¹²⁹⁸. Ainsi présentée, le lien qu'elle entretient avec l'inamovibilité, ne constitue pas a priori une évidence.

Il faut d'ailleurs trouver dans cette incertitude, l'une des principales raisons invoquées à l'appui de l'institution du juge unique. Il n'y a pas de mot assez dur, chez certains représentants de la doctrine, pour dénoncer l'inutilité de la collégialité. Considérée comme une « *formule de luxe* »¹²⁹⁹ sur le plan budgétaire, elle se trouve soumise au credo suivant lequel : « *De bonnes économies valent bien la peine de sacrifier quelques vieux principes* »¹³⁰⁰. Perçue de la même façon, comme un frein à l'individualisation de la faute commise dans l'adoption d'un acte juridictionnel, la collégialité vient conforter aux yeux de la doctrine majoritaire, la présomption d'impunité pesant sur les magistrats¹³⁰¹. Dans ces conditions, alors que sa pérennité semblait assurée au milieu du XXe siècle, le Professeur Cohendet constatait cinquante ans plus tard : « *Pas à pas, petit à petit, par touches successives, lentement mais sûrement, discrètement voire subrepticement, le principe de collégialité des juridictions se fait grignoter, écorner, rédimner...au point que son existence est aujourd'hui menacée* »¹³⁰².

¹²⁹⁷ G. Cornu, *op. cit.*, 8^e éd., 2007, p. 171.

¹²⁹⁸ M.-A. Cohendet envisage ainsi ce principe, comme : « *la prise de décision à l'issue d'une délibération dans un organisme composé de trois personnes* », in *La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ?*, RFDC, n° 68, 2006, p. 714.

¹²⁹⁹ R. Perrot, *op. cit.*, 12^e éd., 2006, p. 400.

¹³⁰⁰ M.-A. Cohendet, *La collégialité...*, *op. cit.*, p. 713.

¹³⁰¹ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, pp. 204-205. G. Kerbaol, *La responsabilité des magistrats*, PUF, Droit et justice, Paris, 2006, p. 16.

¹³⁰² M.-A. Cohendet, *La collégialité...*, *op. cit.*, p. 713.

407. Deux origines principales sont traditionnellement reconnues au principe de collégialité : l'une d'ordre organique ; et l'autre de nature fonctionnelle. La première a clairement été mise en exergue par le Professeur Sueur, voyant dans la collégialité une conséquence directe de la vénalité et de l'hérédité des offices. Selon l'auteur, la multiplication des charges aurait atteint de telles proportions à partir de la fin du XVI^e siècle, que la formation collégiale se serait alors imposée comme une « *règle de fait* ». Le même soulignait ainsi que, jusqu'en 1789, il n'y avait : « *plus de charge exercée par un seul, mais seulement des collèges de plusieurs titulaires possédant exactement même rang et même autorité* »¹³⁰³. Cette position doctrinale peut toutefois paraître un peu excessive. Il semble effectivement plus probable que la patrimonialité des offices ait contribué à asseoir le système collégial, de la même manière qu'elle a permis de renforcer l'inamovibilité des charges. Plus précisément, le nombre excessif de juges attachés à chaque juridiction, a certainement eu des conséquences sous l'Ancien Régime, sur la taille des formations de jugement. Ainsi, d'après le Premier président Rousselet, la présence de dix « *opinans* » s'avérait nécessaire, pour rendre une décision au Parlement de Paris. Le *quantum* était fixé à sept magistrats dans les parlements provinciaux et au sein des présidiaux, ainsi qu'à cinq juges dans les autres juridictions royales¹³⁰⁴. Cette magistrature en sureffectif a sans doute aussi favorisé l'émergence de formations de jugement, réunissant l'ensemble des magistrats relevant d'une compagnie judiciaire. Il est possible d'invoquer à l'appui de cette conjecture, des propos de La Roche Flavin, soulignant que pour les affaires les plus importantes, le jugement : « *accoustumé et se doit faire la Chambre pleine, et remplie de l'entier nombre des Conseillers et Presidents* »¹³⁰⁵.

La seconde origine du principe de collégialité, plus largement admise par la doctrine, revêt un caractère essentiellement fonctionnel. Le système collégial est ici appréhendé comme une garantie de concertation entre les magistrats, et un moyen de lutter contre l'arbitraire de ces derniers. Dans son *Essai sur l'idée du parfait magistrat*, publié en 1701, Jean Frain de Tremblay présentait le recours à la délibération, comme un moyen d'améliorer la qualité des décisions de justice. Selon lui : « *C'est une notion commune à tous les hommes, que plusieurs yeux voient mieux qu'un ; qu'une affaire examinée par un grand nombre de personnes éclairées, l'est toujours beaucoup mieux que par un nombre plus petit. Car il est vrai que les juges s'éclaircissent les uns les autres par la communication de leurs sentiments...c'est pour cette raison qu'il faut que les juges s'affemblem pour juger, afin que leurs lumières*

¹³⁰³ P. Sueur, *op. cit.*, t.2, 4^e éd. 2007, p. 287.

¹³⁰⁴ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 387.

¹³⁰⁵ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre IX, chap. XXVII, p. 577.

faffent un plus grand jour »¹³⁰⁶. De manière complémentaire, Jean Bodin voyait dans la formation collégiale, une façon de prévenir le risque de déviance individuelle des magistrats. Le Jurisconsulte écrivait en ce sens : « *un grand nombre de Juges est comme une grande eau, qui est plus difficile à corrompre, et que fouvent un bon et vertueux juge relevera toute une Compagnie, et rompra les factions et secrètes pratiques des Juges corrompus* »¹³⁰⁷. Paradoxalement, la thèse défendue par le théoricien de la monarchie absolue, devait être reprise par celui de la séparation des pouvoirs. Montesquieu affirmait, à l'occasion d'un chapitre de *L'esprit des lois* consacré au « *magistrat unique* », que : « *Un tel magistrat ne peut avoir lieu que dans le gouvernement despotique. On voit, dans l'histoire romaine, à quel point un juge unique peut abuser de son pouvoir* »¹³⁰⁸.

408. Si les facteurs précités sont effectivement à l'origine du principe de collégialité, ils ne semblent néanmoins plus de nature à en justifier le maintien, dans le droit positif. La patrimonialité des offices a été abolie dans la nuit du 4 août 1789, emportant avec elle la première raison. La seconde justification, d'apparence plus pérenne, s'est trouvée elle aussi fragilisée par plusieurs arguments. Le système du double degré de juridiction, limite ainsi les risques liés à l'institution d'un juge unique en premier ressort. Cet argument était déjà avancé en 1455, par l'Evêque Thomas Bazin, pour lequel : « *Dans un tribunal soumis à une juridiction supérieure et dont les erreurs peuvent être réformées par voie d'appel, il n'y aurait pas semblé-t-il, grand inconvénient à charger un seul individu d'écouter et de juger les causes, pourvu qu'on choisît des juges qui eussent du droit...la science convenable et se recommandassent par une bonne réputation ou une vie méritoire* »¹³⁰⁹. Par ailleurs, le recours au juge unique « *favorise le sens des responsabilités* »¹³¹⁰, comme le souligne Roger Perrot. La décision juridictionnelle prise par un seul magistrat, perd nécessairement son anonymat, obligeant son auteur à accorder une importance accrue, à la qualité de son travail. Cette justification apparaît d'autant moins négligeable, qu'elle explique l'attrait des pays anglo-saxons pour ce système. Des Etats pourtant favorables à l'idée d'un « *pouvoir judiciaire* », tels que le Royaume-Uni, les Etats-Unis, ou encore le Canada, connaissent une longue tradition du juge

¹³⁰⁶ J. Frain de Tremblay, *Essais sur l'idée du parfait magistrat – ou l'on fait voir une partie des obligations du juge*, éd. Chez Pierre Emery, Paris, 1701, p. 132.

¹³⁰⁷ J. Bodin, *Les Six livres...*, livre IV, chap. IV.

¹³⁰⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre VI, chapitre VII, t. 1, GF Flammarion, Paris, éd. 1979, p. 208.

¹³⁰⁹ Extrait rappelé par M. Brébant, dans le journal « *L'événement* » en 1912. Cité in M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 204.

¹³¹⁰ R. Perrot, *op. cit.*, 12e éd., 2006, p. 400.

unique en première instance¹³¹¹. Enfin, force est de constater le développement de mécanismes intermédiaires, à mi-chemin entre la formation collégiale et le juge statuant seul, devant les juridictions supérieures d'appel et de cassation. Il est notamment possible de penser ici, au système du « *lead judgement (jugement principal) accompagné des opinions convergentes ou dissidentes des autres membres de la formation* »¹³¹², aujourd'hui en vigueur au sein de nombre de juridictions anglo-saxonnes ou internationales. Il est alors question, à proprement parler, d'« *une pluralité de juges uniques* »¹³¹³.

La légitimité de la collégialité, par rapport au système du juge statuant seul, paraît en réalité résider autre part. Elle semble effectivement trouver une assise pertinente, dans l'impératif d'indépendance des magistrats, voire de la justice toute entière. Il existe d'ailleurs sur ce point, un certain consensus au sein de la doctrine¹³¹⁴. Le Professeur Perrot a pris soin de relever la principale raison de cette indépendance. La collégialité signifie selon lui, que la décision de justice est présumée « *rendue par la juridiction, considérée comme une entité* »¹³¹⁵. Le secret des délibérés en constitue sous ce prisme, un corollaire nécessaire, dans la mesure où il permet d'assurer au juge, un degré d'anonymat propre à atteindre l'objectif poursuivi. Dans sa Mercuriale sur la « *Censure publique* », prononcée en 1699, l'Avocat général d'Aguesseau insistait déjà sur le bénéfice attaché à ces principes. Il déclarait alors : « *Malheur à ceux qui osent se charger seuls d'un fardeau qui, quoique partagé entre plusieurs, est capable de les faire trembler et peut-être de les accabler ! Un digne ministre de la Justice trouve dans la pluralité des suffrages son instruction, sa décharge, sa sûreté* »¹³¹⁶. Il convient toutefois de concéder, que la sécurité découlant de la collégialité, renferme un étrange paradoxe. Comme l'a constaté Stéphanie Gandreau : « *la justice française vit sur le « mythe de la décision collégiale » qui transcende les opinions particulières et donne l'illusion d'une justice échappée du carcan d'une appréciation humaine, soumise à tous les travers*

¹³¹¹ M.-A. Cohendet, *La collégialité...*, *op. cit.*, p. 714.

¹³¹² S. Gandreau, *La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation de la tradition de Common Law*, RDP, n° 2, 2005, p. 329.

¹³¹³ R. Perrot, *op. cit.*, 12e éd., 2006, p. 398.

¹³¹⁴ Pour illustration : R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 8^e éd., 2002, p. 493 ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 10^e éd., 2006, p. 62 ; R. Perrot, *op. cit.*, 12e éd., 2006, pp. 398-399 ; M.-A. Cohendet, *La collégialité...*, *op. cit.*, pp. 719-721.

¹³¹⁵ R. Perrot, *op. cit.*, pp. 398-399.

¹³¹⁶ Avocat général d'Aguesseau, *Deuxième Mercuriale sur la Censure publique*, Parlement de Paris, 1699. Cité in M. Rousset, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 388.

potentiels de l'être humain »¹³¹⁷. Dans ce contexte, la construction qui permet de voir dans le principe de collégialité, une garantie d'indépendance des juges, repose *a priori* sur un raisonnement empirique. Un parallèle avec l'inamovibilité des magistrats, elle-même qualifiée de « *mythe* », se dessine alors implicitement.

409. La collégialité et l'inamovibilité ont cela de commun, qu'elles conditionnent toutes deux l'indépendance juridictionnelle. Cependant, elles entretiennent moins un rapport d'interchangeabilité, qu'une relation de complémentarité. L'absence de la première, semble de nature à fragiliser la garantie offerte par la seconde. Ainsi, le recours au juge unique est demeuré cantonné avant le milieu du XXe siècle, aux justices de paix et coloniale, sachant que jusqu'à cette époque, l'inamovibilité a été refusée aux magistrats les composant¹³¹⁸. Dans les colonies, l'unité de juge fut appliquée pour la première fois en Algérie, à l'occasion de l'ordonnance du 10 août 1834, créant un tribunal d'instance dans les villes d'Alger, Oran et Bône. L'abandon de cette réglementation en 1842, fut bientôt pallié par le décret du 18 août 1854, créant les justices de paix à compétence étendue. Mais alors que cette mesure avait été présentée comme « *provisoire et exceptionnelle* », elle a été progressivement étendue à l'ensemble des possessions coloniales de la France¹³¹⁹. En revanche, toutes les tentatives destinées à imposer le juge unique en métropole, au-delà des justices de paix, ont été vouées à un pareil échec. Tel a été le cas des projets élaborés au XIXe siècle, afin d'étendre la compétence des juges de paix au détriment des tribunaux d'instance. Il en est allé de même pendant la première moitié du XXe siècle, avec le rejet de l'amendement « *de Monzie* » par le Sénat en 1929¹³²⁰, et l'abrogation de l'ordonnance du 13 janvier 1945, autorisant le recours au juge unique dans les tribunaux de première instance, au début de la IV^{ème} République. Le jugement porté par le Premier président Rousselet en 1957, se voulait à cet égard, sans appel : « *C'est la loi du 18 août 1948...qui a mis le point final à l'expérience du juge unique. Elle heurtait sans conteste l'opinion publique française.*

¹³¹⁷ S. Gandreau, *op. cit.*, p. 329.

¹³¹⁸ Cf. Partie I de la thèse.

¹³¹⁹ B. Durand, *Observer la justice coloniale sous la IIIe République*, in J.-P. Royer, *La justice d'un siècle à l'autre*, PUF, coll. Droit et justice, Paris, 2003, p. 74.

¹³²⁰ Le Sénateur de Monzie avait initialement déposé une proposition de loi, en 1926, laquelle ne fut pas discutée. Voir : M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 205. Le même parlementaire devait reprendre le contenu de sa proposition, dans le cadre d'un amendement sur le projet ayant abouti à la loi du 22 août 1929. Cependant, cet amendement fut lui aussi rejeté, lors de la séance du 12 juillet 1929. Voir : JO, Débats parlementaires, Sénat, 13 juillet 1929, pp. 812 et s.

Aussi, à moins que des circonstances nouvelles extraordinaires y contraignent le législateur, il est douteux qu'elle soit jamais reprise »¹³²¹.

A l'inverse, l'absence d'inamovibilité paraît induire un attachement renforcé à la collégialité. Les propos tenus par le Député Pierre Daunou, dans le cadre des travaux préparatoires à la loi du 28 pluviôse an VIII, se veulent particulièrement significatifs sur ce point. Il déclarait ainsi devant le Tribunal : « *Administrer est le fait d'un seul, juger est le fait de plusieurs...qu'il nous soit permis d'ajouter que juger entre les administrateurs et les administrés doit être le fait de plusieurs parmi lesquels aucun n'administre* »¹³²². Or, au moment où étaient institués les conseils de préfecture, le terme « *juge* » était encore synonyme du mot « *inamovible* ». Privés de cette dernière garantie, les membres de la nouvelle juridiction administrative, bénéficiaient au moins de la protection découlant du système collégial. Cette conception n'a jamais été démentie par la suite, malgré la constitution d'un véritable ordre juridictionnel administratif. Encore en 2006, le Professeur Chapus voyait dans la collégialité : « *un principe...qui s'impose tout particulièrement en matière de contentieux administratif, (celle-ci) étant pour les juges qui sont chargés de le régler une condition de leur indépendance dans leurs rapports avec le plus puissant et le plus constant de leurs justiciables, c'est-à-dire avec l'administration* »¹³²³. Cette relation privilégiée a engendré deux conséquences concrètes. D'une part, l'article L. 3 du code de justice administrative dispose expressément que : « *Les jugements sont rendus en formation collégiale, sauf s'il en est autrement disposé par la loi* ». D'autre part, les juridictions administratives ont mieux résisté à la progression du juge unique, que les juridictions de l'ordre judiciaire. Alors que cette formation a fait son apparition, dès 1791 en matière civile, et en 1972 dans la sphère répressive, il a fallu attendre la loi du 8 février 1995, pour qu'elle soit étendue au contentieux administratif¹³²⁴.

410. Le recul de la collégialité est d'autant plus préjudiciable pour l'indépendance des magistrats, que ce principe ne semble pas posséder à ce jour, de

¹³²¹ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 206.

¹³²² Intervention de P. Daunou, à l'occasion de la présentation de son rapport devant le Tribunal, séance du 23 pluviôse an VIII, Archives parlementaires, série 2, t. 1, p. 183. Citée in C. Morlot-Dehan, *Le président de juridiction dans l'ordre administratif*, éd. Publibook, 2005, p. 42.

¹³²³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 12^e éd., 2006, p. 62.

¹³²⁴ En matière civile, l'article 7 de la Constitution des 3 et 4 septembre 1791, disposait déjà : « *Il y aura un ou plusieurs juges de paix dans les cantons et dans les villes* ». De la même façon, dans le domaine pénal, l'article 1^{er} de la loi n° 72-1226 du 29 décembre 1979, autorisait l'unité de juge en matière correctionnelle, pour certaines infractions mineures. Enfin, la loi n° 95-125 du 8 février 1995, avait prévu une liste limitative de litiges, susceptibles d'être confiés à un juge statuant seul.

valeur constitutionnelle. Aucune disposition du « *bloc de constitutionalité* », n'envisage le recours à la formation collégiale, comme un impératif en matière juridictionnelle. Il est tout au plus possible de souligner, que l'ensemble des juridictions dont l'organisation est prévue par la Constitution du 4 octobre 1958, est tenu au respect de ce principe. Tel est le cas du Conseil constitutionnel, de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétent à l'égard des magistrats du siège, ou encore de la Cour de justice de la République¹³²⁵. Dans le silence des textes, il est revenu au Conseil constitutionnel de se prononcer, sur la présence d'un fondement constitutionnel plus général. Il s'y est toutefois refusé jusqu'ici. A l'occasion de sa décision du 23 juillet 1975, il a éludé le moyen tiré de l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en ce domaine¹³²⁶. Il convient néanmoins de rappeler à la décharge du Conseil, que l'adoption de l'ordonnance du 13 janvier 1946 à la veille de la IV^{ème} République, aurait sans doute fait obstacle à la reconnaissance d'un tel principe. De la même façon, dans sa décision du 20 juillet 2006, le Conseil constitutionnel s'est simplement référé : « *aux règles (législatives) en vigueur du code de justice administrative relatives au principe de la collégialité des formations de jugements des tribunaux administratifs* »¹³²⁷.

Le défaut de base constitutionnelle explicite en faveur du principe de collégialité, paraît toutefois compensé *a minima*, par d'autres règles ou principes juridiques. La référence au « *principe de l'inamovibilité* » inscrit à l'article 64 alinéa 4 de la Constitution, semble pourtant devoir être exclue. En effet, si la collégialité vient conforter l'effectivité de l'inamovibilité constitutionnelle, elle s'avère une garantie encore plus précieuse, pour les magistrats privés de cette protection. Il serait alors contradictoire de leur refuser cette sûreté contre les pressions du pouvoir, au profit des seuls magistrats du siège de l'ordre judiciaire. Ces derniers étant en outre, dans les faits, principalement affectés par le recul de la collégialité, rattacher ce principe à l'article 64 *in fine* de la Constitution, reviendrait à admettre l'inconstitutionnalité d'une grande partie de la législation en vigueur, en matière de

¹³²⁵ La collégialité résulte implicitement de la conjonction des articles 56 et suivants, s'agissant du Conseil constitutionnel. Concernant la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège, l'article 65 alinéa 6 est explicite : elle « *statue comme conseil de discipline des magistrats du siège. Elle comprend alors, outre les magistrats visés au deuxième alinéa, le magistrat du siège appartenant à la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet* ». Enfin, la composition collégiale de la Cour de justice de la République, se trouve organisée par les articles 68-1 et 2 de la Constitution.

¹³²⁶ CC, décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, dite « *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale* ».

¹³²⁷ CC, décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, dite « *Loi relative à l'immigration et à l'intégration* », cons. 29.

juge unique. Une autre option, consisterait à appuyer le système collégial sur le principe du secret des délibérés. Cependant, celui-ci ne bénéficie pas en l'état du droit positif, d'une véritable assise constitutionnelle. Le Conseil d'Etat lui reconnaît le caractère d'un « *principe général du droit public français* »¹³²⁸, aujourd'hui repris à l'article L. 8 du code de justice administrative, et à l'article 6 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958 qui l'intègre dans le serment prêté par les magistrats, au moment de leur installation¹³²⁹. Ensuite, l'obligation de respecter le secret des délibérations est logiquement subordonnée à l'intervention d'une formation collégiale, affirmant sa dépendance vis-à-vis de cette dernière. Ces circonstances ont conduit le Conseil constitutionnel à s'orienter vers une solution minimale. Lors de sa décision du 23 juillet 1975, il a effectivement censuré la disposition législative autorisant le président de juridiction à soustraire le jugement de certaines affaires de la formation collégiale, en se référant au principe d'égalité devant la justice, ainsi qu'à l'article 34 alinéas 2 et 4 de la Constitution¹³³⁰. Ainsi, seul le législateur est en théorie susceptible de déroger au principe de collégialité, au risque de porter atteinte aux règles de compétences précitées.

Reste que l'Hôte de la rue de Montpensier a lui-même récemment atténué la portée de ce principe, dans une décision « *Juge unique* » du 14 octobre 2010, rendue à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité. L'Union syndicale des magistrats administratifs avait en l'occurrence soulevé la contrariété au principe d'égalité des citoyens devant la justice, de l'article L. 222-1 du code de justice administrative. Adoptée par le législateur en application de l'article L. 3 du même code, cette disposition autorise le pouvoir réglementaire à prévoir des exceptions au principe de collégialité des formations de jugement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel¹³³¹. Or, dans sa décision, après avoir rappelé que : « *les dispositions de la procédure applicable devant les juridictions administratives*

¹³²⁸ CE, arrêt du 17 novembre 1922, « *Légillon* », Rec. p. 849 ; CE, arrêt du 15 octobre 1965, « *Mazel* », JCP 1966.II.14487.

¹³²⁹ « *Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat* ».

¹³³⁰ CC, décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *op. cit.* Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La loi...doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse...* ». Article 34 de la Constitution : « *La loi fixe les règles concernant : (1) - les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; (4) - la procédure pénale* ».

¹³³¹ Cet article prévoit précisément que : « *Les jugements des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont rendus par des formations collégiales, sous réserve des exceptions tenant à l'objet du litige ou à la nature des questions à juger* ». Cette disposition trouve son pendant pour le Conseil d'Etat, à l'article L. 122-1 alinéa 2, lequel dispose que : « *Le président de la section du contentieux et les présidents de sous-section peuvent, par ordonnance, régler les affaires dont la nature ne justifie pas l'intervention d'une formation collégiale* ».

relèvent de la compétence réglementaire dès lors qu'elles ne mettent en cause aucune des matières réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution ou d'autres règles ou principe de valeur constitutionnel », le Conseil constitutionnel s'est contenté d'écarter le grief, au motif que la disposition contestée n'habilite pas le pouvoir réglementaire : « à fixer des catégories de matières ou de questions à juger qui ne reposeraient pas sur des critères objectifs »¹³³².

2°) La garantie offerte par les régimes de responsabilité

411. Ainsi que cela a été souligné, à l'occasion de développements précédents, l'inamovibilité entretient des rapports étroits avec la responsabilité disciplinaire. Ce lien a d'ailleurs été mis en exergue par une majorité de la doctrine¹³³³. Pour autant, toute faute disciplinaire ne se traduit pas nécessairement par la mise en jeu de ce régime de responsabilité. Le droit positif envisage d'autres mécanismes, complémentaires ou alternatifs, que prenait déjà soin de résumer Achille Morin, en 1846 : « Une infraction disciplinaire, dérivant d'un fait illicite ou d'une omission coupable, peut constituer aussi un quasi-délit, d'après la loi civile, et même un délit qualifié, d'après la loi pénale. Cette infraction complexe peut engendrer trois actions distinctes : l'action disciplinaire, qui tend au maintien de la discipline par l'application d'une mesure administrative ou répressive ; l'action civile, tendant à un dédommagement au profit de l'individu lésé ; l'action publique, tendant à la répression pénale du délit qualifié »¹³³⁴. Ces trois actions, distinctes les unes des autres, sont également gouvernées par un principe d'indépendance. Or, l'existence d'une pluralité de régimes de responsabilité, est de nature à atténuer les risques d'atteinte à l'inamovibilité. En effet, elle favorise une certaine dilution de la responsabilité personnelle des magistrats, qui ne se concentre plus sur les mesures d'éviction traditionnelles, que sont la révocation, la suspension, et le déplacement d'office.

Le développement de la responsabilité disciplinaire a permis en ce sens, d'élargir vers le bas l'éventail des sanctions susceptibles d'être prononcées. De la même manière, le régime de responsabilité civile en vigueur depuis la loi du 5 juillet

¹³³² CC, décision n° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010, « Union syndicale des magistrats administratifs [Juge unique] », cons. 3 et 4.

¹³³³ Pour rappel, Gérard Cornu définit le fonctionnaire amovible, comme celui : « qui peut être déplacé, changé d'emploi, dans l'intérêt du service et en dehors de toute sanction disciplinaire, par la décision discrétionnaire d'un supérieur hiérarchique ». A l'inverse, Raoul de la Grasserie voyait dans l'agent inamovible, celui qui ne peut : « être destitué, si ce n'est par mesure disciplinaire... ». Cf. Introduction générale de la thèse.

¹³³⁴ A. Morin, *De la discipline des cours et tribunaux, du barreau et des officiers publics*, t. 2, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence de Cosse et N. Delamotte, Paris, 1846, p. 190.

1972, a entraîné un effacement progressif de la faute personnelle du magistrat, au profit de celle de l'Etat. L'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire¹³³⁵ érige ainsi en principe, l'obligation pour celui-ci « *de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice* ». En revanche, la mise en cause des magistrats pour leur faute personnelle, revêt un caractère subsidiaire. Elle est subordonnée à l'ouverture d'une procédure disciplinaire¹³³⁶, et à l'exercice d'une action récursoire par l'Etat, après que ce dernier se soit dûment porté garant auprès des victimes pour la faute commise¹³³⁷. Ce phénomène d'effacement s'est vu renforcé sous la double influence de l'extension de la responsabilité de l'Etat, du fait du dysfonctionnement du service judiciaire, et de l'assimilation de la faute personnelle à la faute de service¹³³⁸. Mais à l'inverse, les conséquences de la responsabilité pénale des magistrats sur la dilution de leur responsabilité personnelle, semblent *a priori* moins évidentes. Celle-ci fait l'objet d'un encadrement dont la rigueur, diamétralement opposée à celle qui caractérise la responsabilité civile de l'Etat, en annihile presque la portée. Pour autant son existence, distincte de la responsabilité disciplinaire des juges, est révélatrice du lent processus de dépenalisation dont a bénéficié l'inamovibilité, depuis l'Ancien Régime.

412. A l'origine, l'inamovibilité se trouvait étroitement liée à la responsabilité pénale des magistrats. L'ordonnance du 21 octobre 1467 en constituait d'ailleurs le fondement. Ce texte consacrait la garantie précitée, dans les termes suivants : « *Statuons et ordonnons par ces présentes que désormais nous ne donnerons aucun de nos offices, s'il n'est vaquant...par forfaiture préalablement jugée et déclarée judiciairement et selon les termes de justice par juge compétant et dont il apperra semblablement* »¹³³⁹. Si la notion de « *forfaiture* », pouvait apparaître imprécise au premier abord, Guillaume Carré rappelait néanmoins en 1825, que : « *La plupart des anciens auteurs définissaient la forfaiture, (comme) la prévarication commise par un officier public dans l'exercice de ses fonctions, et par*

¹³³⁵ L'ancien article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire, a été remplacé par les articles L. 141-1, L. 141-2, et L. 141-3, issus de l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, modifiée par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007.

¹³³⁶ Art. L. 141-2 al. 1 et 2 du code de l'organisation judiciaire : « *La responsabilité des juges, à raison de leur faute personnelle, est régie : - s'agissant des magistrats du corps judiciaire, par le statut de la magistrature* ».

¹³³⁷ Art. L. 141-3 al. 5 du code de l'organisation judiciaire : « *L'Etat est civilement responsable des condamnations en dommages et intérêts qui sont prononcés en raison de ces faits contre les juges, sauf son recours contre ces derniers* ».

¹³³⁸ Voir sur ces points : G. Kerbaol, *op. cit.*, pp. 23-28.

¹³³⁹ Extrait cité in L. Ducom, *op. cit.*, p. 7.

laquelle, ajoutaient-ils, il encourait la peine de destitution »¹³⁴⁰. La forfaiture était ainsi perçue comme une infraction pénale de nature criminelle, sanctionnée par une peine répressive spécifique, à savoir la destitution de l'office. Il s'agissait à proprement parler, d'une « *peine disciplinaire* ». Mais alors qu'elle coïncidait initialement avec la prévarication, commise par le magistrat dans l'exercice de ses fonctions, son champ d'application a été progressivement élargi. Il fut admis que toute condamnation à une peine infamante, rendait l'officier incapable de continuer ses fonctions, nonobstant l'infraction dont il s'était rendu coupable. La destitution venait en conséquence réprimer certaines fautes délictuelles commises dans l'exercice des fonctions, voire même des fautes criminelles ou délictuelles survenues « *dans la vie privée* »¹³⁴¹. Selon Léon Ducom, la définition de l'infraction d'infamie, assimilée au crime de forfaiture pour la mise en œuvre de l'ordonnance de 1467, reposait sur le critère de la peine applicable. A la question : « *Quelles sont ces peines ?* », l'auteur répondait : « *Si l'officier est convaincu de crime, il est déclaré infâme, quelle que soit la condamnation prononcée. Si la faute reprochée est un délit, il n'est considéré comme infâme que lorsqu'il est frappé d'une peine corporelle, du bannissement, ou quand on le contraint à faire une amende honorable revêtant un caractère particulièrement ignominieux* »¹³⁴².

L'extension de la notion de « *forfaiture* », au-delà de la prévarication, devait entraîner une adaptation des règles de compétence juridictionnelle. En effet, si « *le parlement réuni, toutes chambres assemblées* »¹³⁴³, formait l'organe de jugement des magistrats, son pouvoir de destitution variait suivant deux hypothèses. Lorsque l'infraction consistait en une prévarication commise dans l'exercice des fonctions, la juridiction était formellement compétente pour prononcer la destitution de l'officier. La doctrine évoquait alors une « *privation expresse* », la destitution ayant été formulée à titre de peine principale. Dans les autres cas, l'organe de jugement disposait d'une compétence indirecte. Le magistrat frappé d'une peine infamante était réputé perdre sa charge de plein droit, une fois la condamnation prononcée à titre principal devenue définitive. Il était ici question de « *privation taisible* » ou « *tacite* »¹³⁴⁴. La destitution était constitutive d'une véritable peine accessoire, au sens du nouveau code pénal, dans la mesure où elle s'ajoutait automatiquement à la

¹³⁴⁰ G.L.J. Carré, *Les lois de l'organisation judiciaire...*, t. 1, *op. cit.*, p. 16.

¹³⁴¹ L. Ducom, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁴² *Ibid.*, p. 15.

¹³⁴³ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, livre X, chap. XXXII, p. 611.

¹³⁴⁴ C. Loyseau, *Cinq livres...*, livre I, chap. XIII, p. 149, 26 ; G.L.J. Carré, *Les lois de l'organisation...*, t. 1, *op. cit.*, pp. 15-16 ; L. Ducom, *op. cit.*, pp. 14-15.

peine principale, sans avoir été expressément prononcée par l'organe de jugement. Dans ces conditions, la destitution était susceptible d'être appréhendée comme une peine disciplinaire infligée, directement ou indirectement, pour cause criminelle ou délictuelle, par une juridiction de nature répressive. L'intérêt de cette définition n'est pas des moindres, puisqu'elle conduit à voir dans l'ordonnance du 21 octobre 1467, l'origine du « *privilège de juridiction* » reconnu naguère aux magistrats en matière pénale. Cette idée se trouve confortée par l'étude des règles dérogatoires au droit commun, qui entouraient la procédure de destitution. D'une part, les autres juridictions répressives se voyaient refuser la connaissance des infractions susceptibles d'entraîner une telle sanction. Le Premier président Rousselet cite ainsi en exemple, un arrêt du 18 mai 1568 par lequel le parlement de Toulouse avait interdit aux capitouls de la ville, d'ouvrir une information contre plusieurs de ses membres¹³⁴⁵. D'autre part, l'instruction d'une poursuite contre un magistrat, était strictement encadrée devant la juridiction compétente. Son ouverture était subordonnée, après communication au procureur général, à une ordonnance d'autorisation rendue par le parlement. Enfin, l'information était confiée à deux conseillers, désignés par les chambres assemblées parmi leurs membres.

413. Alors que sous l'Ancienne Monarchie, le régime de responsabilité pénale des magistrats avait constitué une garantie contre les évictions arbitraires, il devait en aller autrement au lendemain de sa chute. Les règles relatives à la destitution, ont effectivement été gouvernées pendant deux siècles, par des : « *infractions édictées à l'époque où l'on redoutait le gouvernement des juges – telles que la forfaiture* »¹³⁴⁶. L'article 166 de l'ancien code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 16 février 1810, disposait que : « *Tout crime commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions est une forfaiture* ». Si la loi excluait expressément les « *simples délits* » des causes de destitution des « *fonctionnaires* »¹³⁴⁷, elle demeurait en revanche silencieuse vis-à-vis des crimes autres que la forfaiture. Cette incertitude a finalement été levée par la doctrine. Guillaume Carré écrivait ainsi en 1825 : « *Conclure de là qu'à la différence de l'ancienne législation, un juge ne serait destitué qu'autant qu'il se serait rendu coupable d'un fait qualifié (de) forfaiture, ce serait tomber dans une erreur grossière. Il est évident que toute condamnation pour crime, même étranger aux*

¹³⁴⁵ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁴⁶ J.-C. Magendie, *La responsabilité des magistrats*, Le Dalloz, n° 18, 2003, n° 18, p. 1179.

¹³⁴⁷ Art. 168 de l'ancien code pénal : « *Les simples délits ne constituent pas les fonctionnaires en forfaiture* ».

fonctions de juge, emporte de droit la destitution, puisqu'elle entraîne la déchéance et la privation des droits de cité »¹³⁴⁸.

L'organe de jugement compétent en matière répressive, était désormais clairement distinct de la formation disciplinaire. Au terme des articles 479 à 482 du code d'instruction criminelle, les membres des cours, tribunaux, et juridictions de paix, étaient jugés par une cour d'appel, pour les crimes et délits commis en dehors de leurs fonctions. La situation se révélait plus complexe, pour les « *forfaitures et autres crimes ou délits relatifs (aux) fonctions* ». Tandis que les dispositions précitées s'appliquaient aux magistrats prévenus « *d'avoir commis...un délit emportant une peine correctionnelle* »¹³⁴⁹, les articles 483 à 503 du même code prévoyaient la compétence d'une cour d'assise, pour « *un crime emportant la peine de forfaiture ou autre plus grave* ». Enfin, en vertu du Sénatus-consulte du 28 floréal an XII, la Haute Cour impériale était chargée de connaître de la forfaiture des cours d'appel, des cours d'assise, et des membres de la Cour de cassation¹³⁵⁰. Cet état du droit est demeuré presque inchangé, pendant un siècle et demi. Au cours de cette période, la loi du 24 février 1936 est venue renforcer le privilège de juridiction, en instituant un double degré de juridiction¹³⁵¹. L'évolution la plus importante aura cependant résulté de l'entrée en vigueur du code de procédure pénale, le 2 mars 1959. Ses articles 679 à 681 visaient plus largement la répression pénale des membres de la Cour de cassation, des magistrats de l'ordre judiciaire, et des magistrats consulaires. L'article 683 venait préciser la formation compétente. D'une part, la connaissance des délits était confiée à une « *juridiction correctionnelle du premier degré, autre que celle dans le ressort de laquelle l'inculpé exerçait ses fonctions* ». D'autre part, la sanction des crimes était prise en charge par une « *Cour d'assises, autre que celle dans le ressort de laquelle l'accusé exerçait ses fonctions* ».

De manière assez paradoxale, si le régime de responsabilité pénale des magistrats, avait échappé à l'emprise de la Couronne avant la Révolution, il est devenu un instrument de contrôle au service du Pouvoir politique après celle-ci. Pour

¹³⁴⁸ G.L.J. Carré, *Les lois de l'organisation...*, t. 1, *op. cit.*, p. 16.

¹³⁴⁹ Art. 483 de l'ancien code pénal.

¹³⁵⁰ Art. 101 du Sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII : « *Une Haute Cour impériale connaît, ... - 7° Des forfaitures...qui peuvent être encourues par une cour d'appel, ou par une cour de justice criminelle, ou par des membres de la Cour de cassation* ». Cette disposition était présentée comme une dérogation, aux règles de compétence prévues par les articles 483 à 503 de l'ancien code d'instruction criminelle. Dans sa version de 1808, ils relevaient en effet d'une section ainsi intitulée : « *De la poursuite et instruction contre des juges et tribunaux autres que ceux désignés par l'article 101 du Sénatus-consulte du 28 floréal an 12, pour forfaiture et autres crimes ou délits relatifs à leurs fonctions* ».

¹³⁵¹ Voir à ce sujet : M. Rousselet, *L'histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 3.

Fabien Bottini : « *De 1810 jusque dans les années 1980, la logique représentative a conduit les instances politiques à se reconnaître le droit d'engager la responsabilité pénale des magistrats. Le crime de forfaiture, codifié à l'article 127 de l'ancien Code pénal leur permettait de sanctionner ceux qui allaient à l'encontre de leur volonté via les parquets, au grand dam des citoyens qui se trouvaient privés du secours de l'autorité judiciaire dans leur lutte contre le pouvoir* »¹³⁵². Ainsi que le révèle la lettre de l'article 127 de l'ancien code pénal, le législateur avait pris soin de remédier aux lacunes de l'Ancien Régime, en définissant le terme « *forfaiture* ». Ce dernier s'entendait désormais, pour l'essentiel, d'une immixtion grave du juge judiciaire, dans les fonctions administratives ou législatives¹³⁵³. Or, il est assez vraisemblable que lorsque le Pouvoir exécutif, autorité exclusive de poursuite, engageait la responsabilité pénale d'un magistrat sur le fondement de cette disposition, il préjugait déjà du dénouement de l'affaire. Il était en effet demandé à la cour d'appel ou à la cour d'assises compétente, de se prononcer sur la commission d'une infraction, dont le sens et la portée revêtaient depuis la loi des 16 et 24 août 1790, un caractère éminemment politique. La sanction d'une forfaiture obligeait donc le juge judiciaire à s'immiscer dans un domaine, dont le législateur avait pourtant entendu l'exclure. L'incohérence était portée à son paroxysme par le Sénatus-consulte du 28 floréal an XII, prévoyant la compétence de la Haute Cour impériale, juridiction « *politico-pénale* »¹³⁵⁴, pour connaître des forfaitures commises par l'un des organes de jugement précités. Dans ces conditions, les magistrats se trouvaient soumis en matière de forfaiture, à un véritable système de responsabilité automatique.

414. Cet état du droit, particulièrement préjudiciable pour l'inamovibilité et l'indépendance des juges, fut progressivement remis en cause à partir du début des années 1980. La Chambre criminelle de la Cour de cassation semble avoir joué à cet

¹³⁵² F. Bottini, *La responsabilité personnelle des magistrats*, RRJ, n° 4, 2006, p. 2211.

¹³⁵³ Art. 127 de l'ancien code pénal : « *Seront coupables de forfaiture... - 1° Les juges, les procureurs généraux ou de la République, où leurs substituts...qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées. - 2° Les juges, les procureurs généraux ou de la République, ou leurs substituts...qui auraient excédé leur pouvoir, en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règlements sur ces matières, soit en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration, ou qui, ayant permis ou ordonné de citer des administrateurs pour raison de l'exercice de leurs fonctions, auraient persisté dans l'exécution de leurs jugements ou ordonnances, nonobstant l'annulation qui en aurait été prononcée ou le conflit qui leur aurait été notifié* ».

¹³⁵⁴ Art. 104 : « *La Haute Cour impériale est composée des princes, des titulaires des grandes dignités et grands officiers de l'Empire, du grand-juge ministre de la Justice, de soixante sénateurs, des six présidents des sections du Conseil d'Etat, de quatorze conseillers d'Etat et de vingt membres de la Cour de cassation* ».

égard, un rôle précurseur. A l'occasion de ses arrêts « *Carretier* » du 19 novembre 1981¹³⁵⁵, et « *P. c/ X.* » du 9 décembre 1981¹³⁵⁶, elle a effectivement consacré l'immunité pénale des magistrats, du fait des purs actes de juridiction. Un même attendu de principe, dispose : « *qu'en vertu du principe constitutionnel qui garantit l'indépendance des magistrats du siège, leurs décisions juridictionnelles ne peuvent être critiquées, dans les motifs et dans le dispositif qu'elles comportent que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi, que ce principe ainsi d'ailleurs que celui du délibéré, (mettent) obstacle à ce qu'une décision de justice puisse être considérée comme constitutive par elle-même d'un crime ou d'un délit* ». La solution adoptée par la Chambre criminelle ne saurait être, à proprement parler, qualifiée d'innovation. La formule des arrêts s'inspire largement de celle employée neuf mois auparavant, par le Conseil supérieur de la magistrature, dans sa décision « *Bidalou* » du 8 février 1981. Elle constitue pourtant une avancée à trois égards. Premièrement, la Chambre criminelle a été la première formation de cassation à reconnaître aussi explicitement l'immunité juridictionnelle des magistrats¹³⁵⁷. En second lieu, tandis que le Conseil supérieur de la magistrature avait invoqué à l'appui de sa décision, le « *principe fondamental, qui garantit l'indépendance des magistrats du siège* », la Chambre criminelle s'est explicitement référée à l'assise constitutionnelle de cette garantie. Enfin, cette solution a permis de réduire substantiellement la portée des règles relatives à la répression de la forfaiture, en exigeant le respect des voies de recours juridictionnelles, ainsi que le principe du secret des délibérations.

Le législateur s'est finalement inscrit dans le sillon de la Cour de cassation, lors de l'élaboration du nouveau code pénal découlant de la loi du 4 janvier 1993. La circulaire de la Chancellerie du 14 mai 1993, a ainsi clairement indiqué que l'article 127 de l'ancien code pénal, avait été « *non repris* » dans la table de correspondance établie par ses services¹³⁵⁸. La destitution pour forfaiture ne figure donc plus parmi les peines susceptibles d'être prononcées, contre les magistrats. Ces derniers ont également cessé de bénéficier, depuis l'entrée en vigueur de ce code, d'un privilège de juridiction en matière pénale. Les infractions se rapportant à leur vie privée, sont

¹³⁵⁵ Cass. Crim., arrêt du 19 novembre 1981, « *Carretier* », Gazette du Palais, 1982, pp. 245-246.

¹³⁵⁶ Cass. Crim., arrêt du 9 décembre 1981, « *P. c/ X.* », Dalloz, 1983, pp. 352-358.

¹³⁵⁷ Le Conseil d'Etat est intervenu six mois plus tard, dans son arrêt « *Bidalou* » du 5 mai 1982, Dalloz, 1984, pp. 103-107. Cependant, pour certains représentants de la doctrine, la réserve relative au contenu des décisions juridictionnelles, formulée dans l'arrêt « *Rousseau* » du 14 mars 1975, pouvait déjà être interprétée comme : « *une limitation apportée aux pouvoirs du juge disciplinaire* », AJDA, 1975, p. 353.

¹³⁵⁸ Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces, 14 mai 1993, CRIM 93-9 F1.

désormais soumises aux règles du droit commun, à l'instar de tout citoyen. Pour les fautes relatives à l'exercice des fonctions, la responsabilité des magistrats est susceptible d'être engagée dans deux séries d'hypothèses. D'une part, trois catégories d'incriminations « *commises par des personnes exerçant une fonction publique* », et définies par les articles 432-1 à 17 du nouveau code pénal, leur sont applicables. Il s'agit de l'abus d'autorité dirigé contre l'administration, de l'abus d'autorité commis contre les particuliers, et du manquement au devoir de probité. A ce premier ensemble s'ajoute, d'autre part, certaines incriminations spécifiques aux magistrats. Prévues aux articles 454-7-1 et 434-9 du même code, elles concernent respectivement, le déni de justice et la corruption. Dans ces circonstances, les nouvelles dispositions applicables, révèlent non seulement une dépénalisation de la destitution, mais également une marginalisation de la responsabilité pénale des magistrats. Le Premier président de la cour d'appel de Douai, Daniel Ludet, devait d'ailleurs constater ce phénomène dès 1997, dans un discours sur « *La responsabilité des magistrats* ». D'après lui : « *Même si les infractions judiciaires ainsi supprimées avaient une signification surtout historique, témoignant de l'esprit antijudiciaire de la Révolution Française, il paraît en résulter une diminution du nombre des hypothèses où certains actes accomplis par des magistrats dans l'exercice même de leurs fonctions sont susceptibles de poursuites pénales* »¹³⁵⁹.

SECTION 2 . Une garantie d'éviction relative

415. Encore en 1864, le Président Féraud-Giraud classait les « *fonctions publiques* » en deux groupes, en fonction de leur protection contre les mesures d'éviction : « *Elles sont amovibles lorsque la révocation ou le remplacement des titulaires sont laissés exclusivement à l'appréciation du chef du pouvoir exécutif ou de ses agents supérieurs ; elles sont inamovibles lorsque, au contraire, quelle que soit leur durée régulièrement déterminée, le titulaire, pendant cette durée, ne peut en être privé que par un jugement qui, après suffisante instruction et légitime contradiction, constate son indignité ou l'impossibilité où il se trouve de continuer à remplir ses fonctions* »¹³⁶⁰. Près de cent cinquante ans plus tard, une telle distinction apparaît largement désuète. Le Professeur Renoux paraît opérer un constat réaliste lorsqu'il affirme que l'inamovibilité, « *au sens le plus large* », celui de ne pouvoir

¹³⁵⁹ D. Ludet, premier président de la cour d'appel de Douai, discours sur « *La responsabilité des magistrats* », Gazette du palais, 1997, p. 793.

¹³⁶⁰ L.-J. Féraud-Giraud, *Inamovibilité*, in M. Block, *Dictionnaire général de la politique*, t. 2, O. Lorenz Librairie-Editeur, Paris, 1862, p. 65.

être évincé que dans les cas et les conditions prévues par la loi : « *a aujourd'hui été conquise, quoique à des degrés différents, par l'ensemble de la fonction publique* »¹³⁶¹. L'inamovibilité des magistrats du siège, qui ne correspond ni à cette inamovibilité « *minimale* », ni à une inamovibilité « *absolue* », fait désormais office de degré intermédiaire, au sein de l'échelle des garanties d'éviction reconnues aux différentes catégories d'agents publics. Restée une garantie d'indépendance dans ce domaine, elle se présente à l'aube du XXI^e siècle, à la fois comme une sûreté approchée par des garanties de sujétion (§ 1), et une protection dépassée par des garanties d'autonomie (§ 2).

§ 1 . Une protection approchée par des garanties de sujétion

416. Sous réserve des membres des cabinets ministériels, et dans une moindre mesure des « *emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du gouvernement* »¹³⁶², le droit positif ne connaît plus d'amovibilité au sens strict. Le souci d'une bonne administration de l'Etat s'est effectivement traduit par une marginalisation progressive de l'arbitraire gouvernemental. Pour autant, l'indépendance reconnue aux agents publics vis-à-vis du Pouvoir politique implique, en contrepartie, le maintien d'un certain degré de sujétion au service public. Ils bénéficient en conséquence de garanties statutaires qui, sans les placer sur un pied d'égalité avec les magistrats du siège de l'ordre judiciaire, ne les rapproche pas moins de l'inamovibilité. Cette réalité concerne non seulement des agents formant le noyau dur de l'administration étatique, comme les membres de la fonction publique (A), mais aussi des agents évoluant vers celle-ci, tels que les membres des professions libérales réglementées et commerciales, soumises ou participant aux juridictions professionnelles (B).

A . Les garanties de carrière reconnues au sein de la fonction publique

417. « *Un principe incontestable du droit public moderne est qu'un fonctionnaire est toujours révocable* ». Au sens où Léon Duguit entendait le terme

¹³⁶¹ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire...*, *op. cit.*, p. 212.

¹³⁶² La liste des membres des cabinets ministériels, est déterminée par le décret n° 48-1233 du 28 juillet 1948, portant règlement d'administration publique en ce qui concerne les cabinets ministériels. Les emplois à la décision du gouvernement, « *essentiellement révocables* », sont encadrés par l'article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'Etat. Voir à ce sujet : R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, 15^e éd., 2001, pp. 218-219 et 222.

« *révocation* »¹³⁶³, ce jugement porté au début du XXe siècle, souffre aujourd'hui d'un certain archaïsme. La situation des fonctionnaires s'est substantiellement améliorée au cours du siècle écoulé. Mieux encore, les agents soumis au statut général de la fonction publique, bénéficient désormais d'une garantie correspondant à l'ancienne « *conception allemande de l'inamovibilité* » (1°), tandis que les militaires jouissent historiquement d'une « *inamovibilité dans leur grade* » (2°).

1°) Les garanties de continuité reconnues dans la fonction publique générale

418. La structure de la fonction publique générale trouve son origine dans le mouvement de centralisation du pouvoir de nomination, qui a caractérisé le Consulat et le Premier Empire. Jean-Antoine Chaptal en avait alors résumé l'économie devant le Corps législatif, à l'occasion de l'examen de la loi du 28 pluviôse an VIII : « *Le préfet, essentiellement occupé de l'exécution, transmet les ordres au sous-préfet, celui-ci aux maires des villes, bourgs et villages ; de manière que la chaîne d'exécution descend sans interruption du ministre à l'administré, et transmet la loi et les ordres du gouvernement jusqu'aux dernières ramifications de l'ordre social avec la rapidité du fluide électrique* »¹³⁶⁴. En dépit du temps passé, cette structure pyramidale a été maintenue, et la fonction publique demeure toujours dominée par le principe hiérarchique. Il en résulte une soumission des fonctionnaires, rouages indispensables de l'appareil administratif, à l'autorité hiérarchique et à une stricte discipline. Pour autant, le besoin d'une administration susceptible de préserver la continuité de l'Etat, malgré les changements politiques, s'est traduit par la reconnaissance progressive de garanties de stabilité, en faveur des fonctionnaires.

Or, cet ensemble de règles protectrices aujourd'hui reconnues, n'est pas sans rappeler la conception « *allemande* » de l'inamovibilité, à laquelle se référait le Doyen Duguit en 1903. L'Universitaire opposait alors à une acception française de cette garantie, une autre inamovibilité : « *dans la forme qu'elle revêt dans les législations qui, comme le droit allemand, admettent plus ou moins nettement la distinction entre la fonction et l'emploi, et d'après laquelle les bénéfices de la*

¹³⁶³ « ...on a parfois vu dans la révocation l'exercice pur et simple du pouvoir disciplinaire. C'est là une conception beaucoup trop étroite ; car la révocation est possible et intervient souvent sans qu'il y ait faute, d'un ordre quelconque, à reprocher au fonctionnaire révoqué », L. Duguit, *Etudes de droit public...*, op. cit., pp. 573-574.

¹³⁶⁴ Cité par J.-O. Boudon, *La création du corps préfectoral en l'an VIII*, Fondation Napoléon, www.napoleon.org.

*fonction...ne peuvent lui être enlevés, tandis que l'emploi...peut toujours lui être retiré »*¹³⁶⁵.

419. Cette idée d'une fonction publique stable, indépendante de la classe politique, semble avoir été défendue pour la première fois par Napoléon I^{er} lui-même. Devant le Conseil d'Etat, celui-ci aurait effectivement déclaré, le 1^{er} mars 1806 : « *Je veux former une corporation de jésuites...qui n'aient d'autre ambition que celle d'être utile, et d'autre intérêt que l'intérêt public...Il faut que ce corps ait des privilèges, qu'il ne soit pas trop dépendant des ministres et de l'empereur...Je veux constituer en France l'ordre civil* »¹³⁶⁶. Cependant, aucun texte n'est venu concrétiser ce vœu au cours des années précédant la chute de l'Empire. Pour le Professeur Sautel : « *liberté de choix, et liberté de révocation pour corriger les erreurs, sont (alors) de règle* »¹³⁶⁷. L'absence de statut juridique applicable aux fonctionnaires, ne s'est pourtant pas traduite par un usage abusif du pouvoir de renvoi. Bien au contraire, ceux-ci auraient bénéficié jusqu'au début des années 1840, d'une certaine stabilité de fait, justifiée par plusieurs raisons. Le souci d'assurer la permanence de l'Etat, et la multiplication des tâches prises en charges par l'Administration, conduisaient logiquement à faire primer l'intérêt du service sur l'intérêt personnel du supérieur hiérarchique. En outre, si les agents entretenaient une relation de confiance vis-à-vis du régime en place, ils prirent rapidement l'habitude de s'en désolidariser lors des changements politiques. Cette stabilité de fait s'est trouvée renforcée, au-delà, par l'essor de certains usages. Parmi eux, il convient notamment de citer le recours aux commissions d'enquêtes, et la possibilité pour les agents d'être entendus préalablement à toute sanction disciplinaire¹³⁶⁸.

Dans ces circonstances, il a fallu attendre le milieu de la Monarchie de Juillet pour voir émerger une véritable théorie de la fonction publique. Ce mouvement s'explique alors, non seulement par le souhait d'officialiser un fonctionnarisme en progression constante, mais également par la volonté d'encadrer une institution au développement anarchique. Certains représentants de la « *classe juridique* », se sont référés dans cette perspective, aux législations étrangères. Ainsi, tandis qu'Alexis de Tocqueville condamnait les travers du « *spoils-system* » américain, le Professeur de Laboulaye citait en exemple les garanties de carrière reconnues dans l'administration allemande. Ces travaux visaient en toute hypothèse, à améliorer la qualité d'une

¹³⁶⁵ L. Duguit, *Etudes de droit public...*, *op. cit.*, pp. 578-579.

¹³⁶⁶ Conseil d'Etat, séance du 1^{er} mars 1806. Cité in P. Pelet, *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration*, Firmin Didot Frères, Paris, 1833, pp. 163-164.

¹³⁶⁷ G. Sautel, *op. cit.*, 3^e éd., 1974, p. 273.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p. 445.

fonction publique dont la stabilité se trouvait, jusqu'alors, largement dénaturée par le système des recommandations. Edouard de Laboulaye écrivait d'ailleurs en ce sens, que seule : « *une administration savante, ayant confiance dans ses forces, soutenue par l'opinion publique, recrutée parmi les hommes les plus éclairés de chaque génération, donnerait à notre gouvernement ce point de stabilité, cette ancre qui lui manque au milieu du flux et reflux des partis, des opinions, des évènements* »¹³⁶⁹. Selon le Professeur Sautel, la plupart des auteurs préconisaient en conséquence, de : « *donner aux emplois sinon l'inamovibilité (déconseillé par l'exemple fâcheux des officiers de l'Ancien Régime), du moins des « garanties suffisantes pour que les citoyens puissent avec toute sérénité se consacrer au service de l'Etat »* »¹³⁷⁰. Les propositions défendues par la « *classe juridique* », ont connu un début de concrétisation sur le plan normatif. Adoptée sous la Monarchie de Juillet, la loi de finances du 21 juillet 1843 disposait dans son article 7 : « *...l'organisation centrale de chaque ministère sera régie par une ordonnance royale* ». Pendant la Seconde République, l'Assemblée nationale devait permettre une certaine avancée normative en reprenant partiellement à son compte, une proposition défendue quelques années plus tôt par l'opposition libérale¹³⁷¹. L'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1850, prévoyait que : « *...des règlements d'administration publique détermineront les conditions d'admission et d'avancement pour tous les services publics où ces conditions ne sont pas réglées par une loi* ». Toutefois, le Pouvoir politique devait refuser d'aller plus loin dans la protection des fonctionnaires. D'une part, le législateur a systématiquement éludé toute idée d'encadrement législatif du pouvoir de révocation¹³⁷². D'autre part, le Second Empire comme la III^{ème} République, devaient revenir à la compétence de principe du pouvoir réglementaire, pour fixer « *l'organisation centrale de chaque ministère* »¹³⁷³.

¹³⁶⁹ E. Laboulaye, *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, Revue de législation et de jurisprudence, 1843, p. 586.

¹³⁷⁰ G. Sautel, *op. cit.*, p. 449.

¹³⁷¹ Sous la Monarchie de Juillet, l'opposition libérale avait jugé nécessaire le recours à une loi, afin de déterminer les principes fondamentaux applicables aux fonctionnaires. Une proposition fut déposée en ce sens sur le bureau de la Chambre des députés, par Saint-Marc Girardin. Examinée entre les mois de mars 1844 et de février 1845, ce texte fut cependant rejeté par 157 voix contre 156.

¹³⁷² Déjà sous la Monarchie de Juillet, la proposition de loi déposée par Saint-Marc Girardin, avait volontairement omis d'intégrer des dispositions, destinées à encadrer le pouvoir de révocation. Pendant la Seconde République, ce refus apparaissait d'autant plus paradoxal, que le texte même de la Constitution, disposait dans son article 64 alinéa 3 : « *Le président de la République...nomme et révoque, sur la proposition du ministre compétent, dans les conditions réglementaires déterminées par la loi, les agents secondaires du gouvernement* ».

¹³⁷³ Art. 41 de la loi du 27 juillet 1870, adoptée sous le Second Empire, et article 16 de la loi du 29 décembre 1882, votée sous la III^{ème} République.

420. Le débat sur l'adoption d'un statut de la fonction publique, repris avec vigueur au lendemain de la chute du Second Empire. Dès 1871, l'Assemblée nationale chargeait une commission de trente membres d'examiner les modalités d'une révision de « *l'ensemble des services administratifs* ». Ces travaux devaient aboutir à un projet de loi, déposé le 22 juillet 1873 sur le bureau de la chambre unique¹³⁷⁴. Le texte se voulait particulièrement novateur. Il établissait notamment pour la première fois, un régime disciplinaire précis, intégrant une échelle des sanctions. Il prévoyait également la mise en place, dans chaque administration centrale, d'un conseil d'administration. Celui-ci disposait essentiellement d'une compétence consultative, en matière de gestion des personnels, mais également d'un pouvoir décisif, concernant les sanctions mineures. Cependant, dans un avis du 23 juillet 1874, le Conseil d'Etat devait juger ce projet : « *incompatible avec le respect dû au principe de la responsabilité ministérielle* »¹³⁷⁵. En statuant ainsi, l'Assemblée générale a eu le mérite de souligner, un paradoxe intrinsèque à la fonction publique. Si cette dernière doit bénéficier de garanties suffisantes, pour assurer sa stabilité, elle ne peut toutefois jouir d'une indépendance, de nature à compromettre le principe hiérarchique. Cet argument juridique, va recueillir un écho favorable auprès de l'Assemblée nationale, qui va finalement abandonner le texte en 1875.

Pour autant, l'idée d'une adéquation entre la responsabilité politique des ministres, et l'exercice d'une autorité absolue sur les agents, va progressivement reculer devant la « *guerre des fonctionnaires* »¹³⁷⁶. Engagée au début du XXe siècle, celle-ci trouve son origine dans le refus du gouvernement d'étendre au secteur public, la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels. Conscients de former ce « *pouvoir gigantesque* », évoqué par Honoré de Balzac en 1838¹³⁷⁷, et soucieux d'obtenir des garanties équivalentes à celles reconnues aux agents du secteur privé, les fonctionnaires devaient passer outre cette interdiction. Le mouvement atteignit son apogée en 1905, avec la création d'un « *Comité central pour la défense du droit syndical des salariés de l'Etat* », et d'une « *Fédération permanente des associations de fonctionnaires* »¹³⁷⁸. Le Conseil d'Etat statuant au

¹³⁷⁴ Projet de loi du 22 juillet 1873, relatif aux conseils d'administration et à l'état des employés dans les administrations centrales, Annales de l'Assemblée nationale, t. XVIII, Annexes, p. 182.

¹³⁷⁵ CE, avis du 23 juillet 1874, in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat : son histoire à travers les documents d'époque (1799-1974)*, éd. du CNRS, Histoire de l'administration française, Paris, 1974, pp. 664-669.

¹³⁷⁶ Terme utilisé au début du XXe siècle, pour caractériser l'essor des premiers syndicats de fonctionnaires, en vue de l'obtention de garanties statutaires.

¹³⁷⁷ H. de Balzac, *Les femmes supérieures*, t. 1, Werdet, Paris, 1838, p. 42.

¹³⁷⁸ G. Sautel, *op. cit.*, pp. 455-459.

contentieux, vint lui-même conforter le mouvement. Par deux arrêts successifs, celui-ci admit effectivement, la recevabilité d'une action collective, puis d'une action associative de fonctionnaires¹³⁷⁹. Ainsi contrainte, la position du gouvernement devait évoluer à son tour, comme le révèle le rapport « *Jeanneney* » de 1907 : « *la situation des fonctionnaires...n'a de valeur que si elle n'est point précaire, que si elle est à l'abri des fantaisies, des injustices, de l'arbitraire toujours possible du pouvoir, que si elle est gouvernée par des règles fixes dont le respect soit assuré, que si, pour tout dire en un mot, le fonctionnaire peut opposer au pouvoir son droit et si la fonction publique est, suivant le mot de Ihering, « juridiquement protégée »* »¹³⁸⁰. Si aucun projet présenté sous la III^{ème} République n'a finalement été adopté pendant cette période, la « *guerre des fonctionnaires* »¹³⁸¹ a toutefois constitué une étape essentielle dans l'élaboration d'un droit commun de la fonction publique. Celui-ci s'est concrétisé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, avec l'adoption de la loi du 18 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires¹³⁸². Mieux encore, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, entré en vigueur quelques jours plus tard, est venu consacrer en tant que droits constitutionnels, les instruments de pression naguère refusés aux agents publics¹³⁸³.

421. L'avènement de la V^{ème} République a encore contribué à renforcer leur stabilité. Rompant avec les régimes précédents, les « Pères de la Constitution » devaient affectivement élever l'Administration au rang d'organe constitué, après avoir constaté « *qu'en l'ère moderne, la vie même du pays dépend de la fonction publique* »¹³⁸⁴. Il en est résulté un cadre juridique relativement protecteur, aujourd'hui régi par les lois des 13 juillet 1983 et 11 janvier 1984¹³⁸⁵. S'ils ne

¹³⁷⁹ CE, arrêt du 1^{er} juin 1906, « *Alcindor* », et CE, arrêt du 11 décembre 1908, « *Association professionnelle des employés du ministère des colonies* ». Cités in G. Sautel, *op. cit.*, p. 459.

¹³⁸⁰ J. Jeanneney, rapport sur le projet de loi sur les associations de fonctionnaires, JO, Chambre des députés, 2^e séance ordinaire du 11 juillet 1907.

¹³⁸¹ P. d'Hugues, *La guerre des fonctionnaires*, Flammarion, Paris, 1914, 303 p.

¹³⁸² Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946, relative au statut général des fonctionnaires.

¹³⁸³ Al. 6 : « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ». Al. 7 : « *Le droit de grève s'exerce dans la cadre des lois qui le réglementent* ». Al. 8 : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

¹³⁸⁴ Propos attribués au Général de Gaulle. Huit ans plus tôt, Michel Debré écrivait déjà : « *En vérité, nous pouvons nous demander si ce n'est pas l'administration qui exerce désormais la réalité et la totalité du pouvoir* ». Voir sur ce point : G. Dupuis, *Le Gouvernement dispose de l'administration*, Commentaire de l'article 20 alinéa 2 de la Constitution, in F. Luchaire, G. Conac (dir.), *op. cit.*, 2^e éd., 1987, pp. 581-582.

¹³⁸⁵ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, et loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'Etat.

bénéficient pas d'une protection dans leur « emploi », équivalente à celle des magistrats du siège [garantie de l'emploi], les fonctionnaires jouissent toutefois d'une certaine protection attachée à leur grade. La séparation entre ce dernier et l'emploi, qui trouve son origine dans la fonction publique militaire, a été introduite dans la fonction publique civile d'Etat par l'ordonnance du 9 octobre 1945¹³⁸⁶. D'après l'article 12 de la loi du 13 juillet 1983, le grade se définit comme : « *le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent* ». Il en découle trois conséquences positives¹³⁸⁷. D'une part, un fonctionnaire peut uniquement être nommé ou promu dans un grade, afin de « *pourvoir à un emploi vacant* ». Cela signifie *a contrario* qu'il ne peut être désigné dans un emploi déjà occupé, au risque de devenir l'instrument implicite de l'éviction d'un autre agent. D'autre part, un fonctionnaire maintenu en activité doit être mis à même d'occuper un « *emploi* », et « *d'exercer les fonctions correspondantes* ». Le Conseil d'Etat a déduit de cet impératif législatif, un droit pour l'agent de « *recevoir dans un délai raisonnable* », une affectation correspondant à son grade¹³⁸⁸. Enfin, le grade offre une garantie contre les suppressions d'emplois, mues par une intention arbitraire. L'article 36 de la loi du 11 janvier 1984, venu préciser le Statut général de la fonction publique, indique que l'intéressé doit être affecté : « *dans un emploi de son corps d'origine au besoin en surnombre provisoire* ». Cependant, le grade demeure une protection relative en cas de suppression d'emploi, de cadre d'emploi, ou de corps. L'article 36 précité n'est pas d'application automatique dans les deux premières hypothèses. De la même façon, le Conseil d'Etat considère que les agents d'un corps de fonctionnaires en voie d'extinction, ne tirent d'aucun principe général le droit d'être intégrés dans un autre corps¹³⁸⁹. Une alternative est permise par l'article 69 de la loi du 11 janvier 1984, autorisant le licenciement de fonctionnaires : « *en vertu de dispositions législatives de dégagement de cadres prévoyant soit le reclassement des intéressés, soit leur indemnisation* ».

Les fonctionnaires bénéficient également d'un certain degré de protection, en matière de changement d'affectation [garantie de résidence]. Celui-ci est

¹³⁸⁶ Ce texte concernait les administrateurs civils. La distinction du grade et de l'emploi, a ensuite été étendue à l'ensemble des fonctionnaires, par le Statut du 18 octobre 1946, avant d'être reprise par les Statuts successifs de 1959 et 1983.

¹³⁸⁷ Art. 12 al. 2 et 3 de la loi du 13 juillet 1983, et article 36 de la loi du 11 janvier 1984.

¹³⁸⁸ CE Ass., arrêt du 11 juillet 1975, « *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame Saïd* », Rec. p. 424. La Haute juridiction va plus loin, en jugeant que le non respect de cette obligation, engage la responsabilité de l'Etat : CE Sect., arrêt du 20 juin 1952, « *Sieur Bastide* », Rec. p. 327.

¹³⁸⁹ CE, arrêt du 13 janvier 1999, « *Garban* », Req. n° 187629. Or, la Haute juridiction administrative juge également que la suppression de corps, dans l'intérêt du service, est une question de pure opportunité insusceptible d'être discutée au contentieux : CE, arrêt du 14 mars 1994, « *Syndicat des professeurs titulaires du Muséum d'histoire naturelle* », Req. n° 143627, 143631.

théoriquement décidé dans l'intérêt du service, ou présumé comme tel par le juge administratif, ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat dans un arrêt « *Ministre de l'éducation nationale* », du 15 février 1972. Cette importance accordée au service se justifie par l'idée précédemment énoncée, suivant laquelle l'emploi demeure à la disposition de l'administration. Les fonctionnaires se trouvent en conséquence privés de la règle du consentement préalable, et peuvent alors faire l'objet d'une affectation d'office dans l'intérêt du service. Plus encore, la Haute juridiction administrative qualifie de mesure d'ordre intérieur, les simples changements d'affectation qui ne modifient pas la situation juridique de l'intéressé¹³⁹⁰. Toute idée d'arbitraire est en revanche exclue pour les mutations d'office, en raison de l'encadrement législatif et jurisprudentiel dont elles font l'objet. Sur le fond, le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la réalité de l'intérêt du service. Il procède à une évaluation *in concreto* de la situation, en tenant compte, non seulement de l'organisation et du fonctionnement du service, mais aussi du comportement du fonctionnaire concerné¹³⁹¹. Il vérifie ensuite que la nouvelle affectation comporte « *les mêmes avantages pécuniaires et les mêmes garanties de carrières* », au risque de révéler une sanction disciplinaire, et de constituer un détournement de pouvoir¹³⁹². Le législateur exige au-delà, une certaine conciliation entre l'intérêt du service et la situation personnelle et familiale de l'intéressé¹³⁹³. Sur le plan procédural, le Conseil d'Etat considère que les mutations d'office entrent dans le champ d'application de la loi du 11 juillet 1978, et relèvent donc de l'obligation de motivation¹³⁹⁴. La loi subordonne en outre les « *mouvements de fonctionnaires* », dans les administrations et services où sont dressés des tableaux périodiques de mutations, et les affectations comportant « *changement de résidence ou modification de situation de l'intéressé* », dans les autres cas, à un avis préalable des commissions administratives paritaires¹³⁹⁵. Cette règle connaît toutefois certaines exceptions, justifiées par

¹³⁹⁰ CE, arrêt du 29 décembre 1999, « *M. Saint-Aubin* », Req. n° 202822 : à propos de l'affectation d'un conservateur du patrimoine, dans une sous-direction ministérielle.

¹³⁹¹ CE, arrêt du 27 octobre 1954, « *Chauvin* », Rec. p. 459 : changement d'affectation décidée afin d'améliorer la répartition des personnels. CE, arrêt du 6 octobre 1965, « *Mayoux* », Rec. p. 494 : changement d'affectation consécutive à une prise de position d'un agent, sur un sujet de politique générale, faisant l'objet de polémiques.

¹³⁹² CE, arrêt du 18 mars 1996, « *Biard* », Req. n° 141089. Cité in J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, Précis, Paris, 5^e éd., 2005, p. 244.

¹³⁹³ Article 60 alinéa 4 de la loi du 11 janvier 1984 : « *Dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service, les affectations prononcées doivent tenir compte des demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille* ».

¹³⁹⁴ CE, arrêt du 21 octobre 1983, « *Garde des Sceaux c/ Poinçon* », Rec. p. 419.

¹³⁹⁵ Art. 60 al. 1 à 3 de la loi du 11 janvier 1984. Cette règle connaît toutefois certaines exceptions.

l'urgence ou les statuts dérogatoires. Mais dans les hypothèses d'inapplicabilité de la procédure consultative, la communication du dossier reste de droit¹³⁹⁶.

422. La fonction publique générale jouit enfin, dans le domaine disciplinaire, d'un ensemble de garanties limitant le risque d'arbitraire [garantie juridictionnelle]. Au terme de l'article 67 de la loi du 11 janvier 1984, le pouvoir disciplinaire : « *appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination qui l'exerce après avis de la commission administrative paritaire siégeant en conseil de discipline* ». Il n'existe donc pas, comme en matière d'inamovibilité, de transfert de la compétence disciplinaire vers un organe juridictionnel. Toutefois, la consultation préalable de la commission revêt un caractère obligatoire. Celle-ci se trouve composée paritairement de représentants de l'administration et du personnel. Mais les agents d'un grade inférieur à celui de l'intéressé, et les agents qui lui sont subordonnés, ne sont pas habilités à délibérer¹³⁹⁷. La garantie offerte par cette procédure consultative, ressort clairement des conditions d'adoption des avis. Concernant le *quorum*, le pouvoir réglementaire s'est voulu plus protecteur que le Conseil d'Etat, en exigeant la présence minimum des trois quarts des membres composant la commission¹³⁹⁸. L'ampleur de la majorité agit de la même façon, sur l'ouverture des voies de recours contre les décisions disciplinaires. L'agent révoqué ou mis à la retraite d'office, est ainsi recevable à exercer un recours devant la commission de recours du Conseil supérieur de la fonction publique d'Etat, lorsque cette mesure : « *n'a pas été proposée par le conseil de discipline à la majorité des deux tiers de ses membres présents* ». Il est également autorisé à saisir cette instance, en cas de sanction du deuxième ou du troisième groupe, lorsque le conseil de discipline a suggéré une mesure moins sévère, ou n'a pas appuyé une proposition de l'autorité compétente, à la majorité des membres présents¹³⁹⁹.

Au-delà de l'avis obligatoire, trois exigences supposent d'être respectées dans le déroulement de la procédure disciplinaire. Les fonctionnaires disposent de prime abord, du droit à obtenir communication de leur dossier. Cet impératif qui trouve son origine dans l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, vis-à-vis des « *fonctionnaires*

¹³⁹⁶ CE, arrêt du 28 février 1972, « *Fédération générale des syndicats de police* », Rec. p. 89.

¹³⁹⁷ CE, arrêt du 25 mars 1960, « *Gamiette* », Rec. p. 227 ; article 35 du décret n° 82-451 du 28 mai 1982, relatif aux commissions mixtes paritaires.

¹³⁹⁸ Art. 41 al. 2 du décret n° 82-451 du 28 mai 1982. Pour sa part, le Conseil d'Etat a dégagé un principe général du droit, exigeant la présence d'au moins la moitié des membres, plus un : CE, arrêt du 19 juin 1941, « *Rey* », Rec. p. 739.

¹³⁹⁹ Art. 10 du décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'Etat, JO du 27 octobre 1984, p. 3366.

civils et militaires », figure désormais à l'article 19 de la loi du 13 juillet 1983¹⁴⁰⁰. Il en résulte l'obligation de communiquer l'intégralité du dossier et ses documents annexes, mais également d'informer l'intéressé de son droit à obtenir remise de ces documents. L'Administration ne peut se soustraire à cette exigence, y compris pendant la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels, prévus par l'article 16 de la Constitution¹⁴⁰¹. Les agents bénéficient ensuite du droit à une procédure contradictoire. Cette exigence jurisprudentielle a été reprise et précisée par le pouvoir réglementaire. Le décret du 25 octobre 1984 prévoit ainsi, que : « *Le fonctionnaire poursuivi peut présenter devant le conseil de discipline des observations écrites et orales, citer des témoins et se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix* »¹⁴⁰². L'agent bénéficie au soutien de cette garantie, d'un délai suffisant pour préparer sa défense. De source prétorienne, cette règle a également été précisée par voie réglementaire¹⁴⁰³. Les fonctionnaires disposent en dernier lieu, d'un droit de recours conditionné, devant la commission de recours du Conseil supérieur de la fonction publique. Saisie dans les cas précités, cette instance est chargée de rendre un avis ou une recommandation, à l'intention du ministre compétent. Or, lorsque celui-ci décide de suivre une recommandation « *tendant à faire lever ou modifier la sanction infligée* », cette décision est réputée se substituer « *rétroactivement à celle qui a été initialement prise* »¹⁴⁰⁴.

2°) Les garanties de disponibilité reconnues dans la fonction publique militaire

423. La structure de l'administration militaire est plus ancienne que celle de la fonction publique générale, dans la mesure où elle trouverait sa source dans les réformes militaires réalisées au lendemain de la Guerre de Cent ans. Elle a cependant connu une extension et un affermissement avec les guerres de la Révolution puis de l'Empire, et l'accession d'un militaire à la tête de l'Etat sous le Consulat. A l'instar de l'administration civile, elle est organisée sur un mode pyramidal, et comme celle-ci, elle est caractérisée par une centralisation du pouvoir de nomination, de telle sorte

¹⁴⁰⁰ Le Conseil d'Etat a également dégagé un principe général du droit, dans ce domaine : CE, arrêt du 22 mai 1946, « *Meillon* », JCP 1947.II.3403.

¹⁴⁰¹ CE, arrêt du 23 octobre 1954, « *d'Oriano* », Rec. p. 486. Cet impératif semble pourtant devoir céder dans l'hypothèse d'un conflit, comme ce fut le cas pendant les Première et Seconde Guerres mondiales : CE, arrêt du 28 juin 1918, « *Heyriès* », Rec. p. 651 ; loi du 19 mars 1939.

¹⁴⁰² Art. 3 al. 1^{er} du décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, *op. cit.*.

¹⁴⁰³ « *Le fonctionnaire poursuivi est convoqué par le président du conseil de discipline quinze jours au moins avant la date de la réunion, par lettre recommandée avec accusé de réception* », article 4 alinéa 1^{er} du décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, *op. cit.*

¹⁴⁰⁴ Art. 12 à 17 du décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, *op. cit.*

que : « *Au même instant, le gouvernement agit, le ministre ordonne, le préfet transmet, le maire exécute, les régiments s'ébranlent, les flottes avancent, le tocsin sonne, le canon gronde, et la France et debout* »¹⁴⁰⁵. L'écoulement du temps n'a pas entraîné une remise en cause du principe hiérarchique, et celui-ci s'est au contraire trouvé renforcé, du fait de la sécularisation des institutions. Chaque militaire entretient un lien de dépendance vis-à-vis de son supérieur hiérarchique, et l'autorité militaire toute entière se situe dans une position subordonnée, par rapport au Pouvoir politique. Mais de manière assez paradoxale, cette double dépendance n'a pas empêché la reconnaissance de certaines garanties de stabilité au profit des militaires.

La protection accordée n'est cependant pas justifiée par un souci de continuité de l'Etat. Il ne s'agit pas de permettre le fonctionnement permanent de l'administration étatique, mais plutôt de pourvoir à un risque potentiel et ponctuel de conflit armé. Dans ces conditions, l'objectif est d'assurer la disponibilité d'effectifs suffisants, pour parer à une telle éventualité. Cela explique la spécificité du personnel militaire. Si son noyau dur est constitué par les militaires de carrière, il comprend également : à titre permanent, d'autres catégories de militaires professionnels ; de manière occasionnelle, la réserve militaire ; et à titre exceptionnel, les appelés du contingent. Les militaires de carrière sont dans une situation comparable à celle des fonctionnaires civils, dans la mesure où ils : « *ont été nommés dans un emploi permanent à temps complet et titularisés dans un grade de la hiérarchie de l'administration* ». Chargés d'assurer le fonctionnement régulier de cette dernière, ils bénéficient pareillement de garanties statutaires. La similitude s'arrête néanmoins là. La fonction publique militaire a pour singularité de faire bénéficier l'ensemble de ses membres, non seulement d'un grade, mais également d'une « inamovibilité » dans celui-ci.

424. Deux phases principales caractérisent l'histoire du grade militaire, entendu comme garantie de stabilité. La première correspond à la période de l'Ancienne Monarchie. Au cours de celle-ci, la Couronne s'est constamment efforcée de prévenir l'émergence d'un pouvoir militaire autonome, susceptible de résulter de l'indépendance de ses membres. Cette crainte semble trouver son origine dans l'accroissement des pouvoirs du sénéchal au XI^e siècle. « *Sorte de maître d'hôtel du roi* », cet officier avait progressivement pris en charge la suppléance royale, y compris en matière militaire, au point de faire figure de « *vice-roi* »¹⁴⁰⁶. Soucieux

¹⁴⁰⁵ M. Block, *Fonctionnaire*, in M. Block, *Dictionnaire général de la politique*, O. Lorenz Librairie-Editeur, Paris, 1862, p. 1053.

¹⁴⁰⁶ P.-C. Timbal, *op. cit.*, 4^e éd., 1970, p. 241.

d'éviter une répétition du précédent de 751¹⁴⁰⁷, Louis VI devait démettre Etienne de Garlande de sa charge en 1127, après que celui-ci ait envisagé de la résigner au profit de son neveu par alliance, sans requérir au préalable le consentement royal. Après un demi-siècle d'hésitation, la place fut finalement laissée vacante à partir de 1191, sous le règne de Philippe Auguste. La direction des troupes fut alors confiée à un autre grand officier de la Couronne, le connétable, également titulaire d'une charge viagère. Le roi agissait alors par analogie avec le chancelier, en cas d'insubordination du connétable. Bien que maintenu dans sa dignité, celui-ci se voyait temporairement privé du commandement militaire, au profit du monarque ou d'un lieutenant-général. Mais au XVIe siècle, l'essentiel de ses attributions furent réparties de façon permanente, entre les colonels-généraux de la cavalerie et de l'infanterie, et le grand maître de l'artillerie. La charge de connétable fut finalement supprimée en 1626, tandis que les trois autres dignités étaient à leur tour réduites à une dimension honorifique. Ainsi, du règne de Louis XIII jusqu'à la Révolution, la Couronne assumait elle-même la direction des armées, avec l'aide du secrétaire d'Etat à la guerre. Elle devait se réserver dans ce cadre, le pouvoir de nomination aux plus hauts grades, par brevets ou lettres de commission. En revanche, la reconquête du droit de désignation dans les degrés inférieurs de la hiérarchie militaire, s'est révélée plus longue. Le développement de la patrimonialité des charges avait atteint une telle proportion au XVIe siècle, que l'armée ne fut pas épargnée¹⁴⁰⁸. Mais à la différence de la situation qui a prévalu pour une grande partie des offices séculiers, la patrimonialité des grades militaires n'est jamais entrée dans le droit. Bien au contraire, d'ailleurs. Louis XIV a cherché à la marginaliser en favorisant l'avancement au mérite, indépendamment de l'acquisition de grades vénaux. Louis XVI s'est finalement résolu à l'interdire en 1776, moyennant le remboursement progressif, de la finance associée à chaque grade.

La seconde étape de l'histoire du grade militaire est associée à la période post-révolutionnaire, et plus précisément à la première moitié du XIXe siècle. Pendant celle-ci, le Pouvoir politique a entendu fidéliser la haute fonction publique militaire,

¹⁴⁰⁷ En 732, alors qu'il était maire du palais, Charles Martel avait préservé le royaume d'une invasion, en défaisant l'armée arabe à Poitiers. Cette victoire lui permit non seulement de renforcer l'autorité de sa fonction, mais également de transmettre sa charge à son fils lors de son décès. Devenu maire du palais en 741, Pépin le Bref devait déposer le dernier roi mérovingien dix ans plus tard, donnant naissance à la dynastie des carolingiens.

¹⁴⁰⁸ P.-C. Timbal souligne en ce sens, que : « ...capitaines et colonels cèdent leur unité à titre gratuit ou onéreux avec le simple agrément du roi ou du colonel-général de l'arme. Compagnies et régiments ont ainsi une valeur marchande d'autant plus grande que l'unité est plus ancienne et court un moindre risque de licenciement en temps de paix...le roi accorde souvent des lettres de survivance et il n'est pas rare que les grandes familles possèdent un régiment : on rencontre ainsi des « colonels à la bavette », le lieutenant-colonel assurant le commandement du régiment jusqu'à ce que le colonel soit en âge ». in *op. cit.*, p. 372.

puis l'armée en général. L'idée d'une garantie attachée au grade de l'officier, semble trouver sa source dans le Sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII établissant l'Empire. Ce texte prévoyait effectivement deux catégories de grades « *inamovibles* », en raison de leur importance dans la hiérarchie militaire. Ainsi, l'article 34 disposant que : « *Les grandes dignités de l'Empire sont inamovibles* », était précédé d'un article 32 rangeant dans cette catégorie le connétable et le grand amiral. L'article 49 prévoyant que : « *Les places des grands officiers sont inamovibles* », était également associé à une pluralité de grades. D'après l'article 48 du Sénatus-consulte, entraient dans ce cadre, les « *maréchaux de l'Empire, choisis parmi les généraux les plus distingués* », ainsi que : « *huit inspecteurs et colonels généraux de l'artillerie et du génie, des troupes à cheval et de la marine* »¹⁴⁰⁹. L'inamovibilité reconnue en faveur d'un officier, en raison de son appartenance à un des grades précités, n'était pas sans conséquence sur le plan statutaire. L'article 51 du même texte venait d'ailleurs préciser le régime applicable : « *Si, par un ordre de l'Empereur, ou par toute autre cause que ce puisse être, un titulaire d'une grande dignité de l'Empire ou un grand officier vient à cesser ses fonctions, il conserve son titre, son rang, ses prérogatives, et la moitié de son traitement : il ne les perd que par un jugement de la Haute Cour impériale* ». Les Chartes de la Restauration et de la Monarchie de Juillet vont conduire à une extension de cette garantie, au-delà de la sphère des hauts officiers. De manière particulièrement large, l'article 69 de la Charte du 4 juin 1814 indiquait que : « *Les militaires en activité de service, les officiers et soldats en retraite, les veuves, les officiers et soldats pensionnés, conserveront leurs grades, honneurs et pensions* ». L'article 69 de la Charte du 14 août 1830, devait cependant limiter le champ d'application de cette garantie. Cette disposition prévoyait dans un sens plus restrictif : « *Il sera pourvu successivement par des lois séparées et dans le plus court délai possible aux objets qui suivent : ...6° des dispositions qui assurent d'une manière légale l'état des officiers de tout grade de terre et de mer* ». C'est sur son fondement, qu'ont été adoptées les lois du 14 avril 1832 et du 19 mai 1834, consacrant la séparation du grade et de l'emploi. Intervenant devant la Chambre des députés, à l'occasion des travaux préparatoires du second texte, le Maréchal Soult en avait alors résumé l'économie. Selon lui, alors que le « *grade* » correspond à « *l'état* » de l'officier, l'emploi appartient « *au commandement supérieur des armées dont est investi le roi* »¹⁴¹⁰.

425. La distinction du grade et de l'emploi [garantie de l'emploi], a été maintenue en droit positif, mais sa portée est sujette à discussion. Une partie de la

¹⁴⁰⁹ Cette même disposition excluait en revanche, les « *maréchaux de l'Empire qui sont sénateurs* ». Pour autant, ceux-ci ne demeureraient pas sans protection, dans la mesure où ils étaient réputés « *inamovibles et à vie* », en vertu de l'article 15 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

¹⁴¹⁰ Propos cités par O. Dord, *op. cit.*, p. 97.

doctrine considère à cet égard, que : « *Dans la pratique, les militaires ne sont pas, comme tous les fonctionnaires, propriétaires de leur grade mais titulaires de celui-ci* »¹⁴¹¹. Pourtant, ce concept de propriété du grade a été dégagé à l'origine, en vue de caractériser la situation des militaires. Cette qualification a été utilisée par le Conseil d'Etat lui-même, dans son arrêt « *Prince Napoléon* » du 19 février 1875. La Haute juridiction avait alors jugé que la situation de général de division, faite à un parent de Napoléon III par décret impérial du 9 mars 1854, ne constituait pas « *le grade dont la propriété définitive et irrévocable...est garantie par l'article 1^{er} de la loi du 19 mai 1834* »¹⁴¹². Les tenants de la position précitée écartent toutefois ce précédent jurisprudentiel, en invoquant l'évolution des règles en matière de perte du grade. Selon eux, la « *propriété* » du grade signifie que : « *L'agent ne peut perdre son grade que lorsqu'il est mis fin à sa qualité de fonctionnaire* »¹⁴¹³. Or d'après eux, les militaires se trouveraient désormais placés dans une situation différente. Ils seraient devenus simplement « *titulaires* » de leur grade, en ce qu'ils pourraient en être « *dépossédés* » dans la pratique, sous réserve de « *respecter une procédure préalable les garantissant de tout risque d'arbitraire* ». Néanmoins, dans l'hypothèse où les définitions proposées s'avéreraient exactes, il aurait été plus juste d'affirmer que les militaires n'ont jamais bénéficié de la propriété du grade. L'article 24 de la loi de 1832 complétait effectivement la formule suivant laquelle : « *l'emploi est distinct du grade* », par une phrase ainsi rédigée : « *Aucun officier ne pourra être privé de son grade que dans les cas et suivant les formes déterminées par la loi* ». La loi de 1834 disposait de la même façon, dans son article 1^{er}, que : « *le grade constitue l'état des officiers et ne peut se perdre que par les causes qu'elle détermine* ». Enfin, le Conseil d'Etat avait clairement écarté l'idée d'une immutabilité du grade, dans son arrêt de 1875, en évoquant une « *propriété définitive et irrévocable ne pouvant être enlevée que dans des cas spécialement déterminés* ».

Un tel raisonnement paraît, finalement et paradoxalement, conduire à conforter la ligne doctrinale critiquée. En tant que titulaires, et non propriétaires de leur grade, les militaires se trouveraient désavantagés, par rapport à la grande majorité des fonctionnaires. Mais cette interprétation apparaît elle aussi erronée. La comparaison entre les deux statuts législatifs, révèle la supériorité des garanties afférentes au grade militaire. Il en va notamment ainsi, en matière de sanction. Dans la fonction publique générale, la « *rétrogradation* » figure au rang des mesures disciplinaires, susceptibles

¹⁴¹¹ J.-M. Auby, J.-B. Auby, J.-P. Didier, A. Taillefait, *op. cit.*, p. 415.

¹⁴¹² CE, arrêt du 19 février 1875, « *Prince Napoléon-Joseph Bonaparte* », concl. David, Rec. pp. 155-163.

¹⁴¹³ J.-M. Auby, J.-B. Auby, J.-P. Didier, A. Taillefait, *op. cit.*, p. 72.

d'être prononcées par l'autorité investie du pouvoir de nomination¹⁴¹⁴. Les sanctions relatives au grade constituent en revanche, au sein de la fonction publique militaire, des peines pénales relevant de la compétence du juge répressif. Comme l'a souligné le Professeur Sautel, les lois de 1832 et 1834 assortissaient déjà la distinction du grade et de l'emploi, de : « *l'interdiction de priver un officier de son grade si ce n'est après destitution prononcée par un conseil de guerre pour sanctionner des infractions légalement déterminées* »¹⁴¹⁵. Cent soixante-quinze ans plus tard, cet état du droit est demeuré inchangé. Aucune sanction portant sur le grade, ne figure parmi la hiérarchie des mesures disciplinaires fixée à l'article L. 4137-2 du code de la défense. A l'inverse, il ressort sans ambiguïté de l'article L. 311-3 du code de justice militaire, que : « *Les juridictions des forces armées peuvent...prononcer les peines militaires de la destitution et de la perte de grade* »¹⁴¹⁶. Ces deux peines sont applicables aux officiers. Cependant, alors que la destitution vise aussi les sous-officiers de carrière, « *dans tous les cas où elle est prévue pour les officiers* », la perte de grade s'applique uniquement aux sous-officiers de carrière et aux sous-officiers servant sous contrat, « *dans tous les cas où elle est prévue pour ceux-ci* ». Par ailleurs, en vertu du principe de légalité des délits, la liste des infractions militaires, pouvant conduire à chacune des deux sanctions, est également prédéterminée par le code¹⁴¹⁷.

La compétence des « *juridictions des forces armées* », pour prononcer la destitution et la perte de grade, n'est pas sans rappeler la garantie juridictionnelle dont bénéficient les magistrats inamovibles. Comme eux, les militaires jouissent vis-à-vis de leur grade, d'une dérogation au parallélisme des compétences. Le pouvoir de sanction est dévolu, non pas au pouvoir de nomination, mais à un organe

¹⁴¹⁴ Article 66 alinéa 11 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984. Il s'agit d'une sanction disciplinaire du troisième groupe.

¹⁴¹⁵ G. Sautel, *op. cit.*, p. 441.

¹⁴¹⁶ Ces deux peines sont définies dans les articles suivants. D'après l'article L. 311-6, la perte du grade entraîne, outre la perte du grade à proprement parler, celle du « *droit d'en porter les insignes et l'uniforme* ». La destitution emporte quant à elle, selon l'article L. 311-4, la perte du grade et une modification des droits à pension.

¹⁴¹⁷ Selon le code de justice militaire, la peine de destitution peut être prononcée, en cas d'insoumission en temps de guerre (art. L. 321-1), de désertion à l'intérieur (art. L. 321-2 à 4), de mutilation volontaire en temps de paix (art. L. 321-22 à 24), de capitulation en temps de guerre (art. L. 322-1 et 2), de destructions de bâtiment ou d'aéronef (art. L. 322-6 à 10), de faux, de falsification ou de détournement (art. L. 322-11 à 14), d'outrage au drapeau ou à l'armée (art. L. 322-17), de voies de fait et outrages envers des supérieurs (art. L. 323-9 à 14), de refus d'un service dû légalement (art. L. 323-17 et 18), d'abus du droit de réquisition (art. L. 323-22). De la même façon, la perte du grade est susceptible d'être prononcée, en cas de faux, falsification et détournements (art. L. 322-11 à 14), outrage à drapeau ou à l'armée (art. L. 322-17), voies de fait et outrages envers des supérieurs (art. L. 323-9 à 14), refus d'un service dû légalement (art. L. 323-17 à 18), ou encore, en cas d'abus du droit de réquisition (art. L. 323-22).

juridictionnel. Mieux encore, la compétence exclusive du juge répressif, voire même d'une juridiction pénale d'exception, rejoint une conception primaire de l'inamovibilité disparue avec l'émergence des premières Mercuriales sous l'Ancien Régime. Les juridictions des forces armées, sont actuellement au nombre de quatre, dont une seule est compétente en temps de paix. Il s'agit du « *tribunal aux armées* », instance composée exclusivement de magistrats du corps judiciaire, en application de l'article L. 111-3 du code de justice militaire. En période de guerre, la compétence de droit commun se répartit entre les tribunaux militaires aux armées, et les tribunaux territoriaux des forces armées. Selon l'article L. 132-32 du même code, les premières comprennent un magistrat du corps judiciaire et quatre juges militaires, « *pris parmi les militaires blessés au feu ou appartenant aux troupes combattantes* ». Les secondes sont en revanche composées, d'après l'article L. 112-5, de deux magistrats du siège issus du corps judiciaire, et de trois juges militaires. La désignation de ces derniers a pour particularité d'être « *subordonnée au respect du principe hiérarchique* »¹⁴¹⁸. Enfin, par dérogation à la compétence des tribunaux territoriaux, l'article L. 112-3 prévoit que : « *pour le jugement des maréchaux et amiraux de France, des officiers généraux ou assimilés et des membres du contrôle général des armées, il est établi, en temps de guerre, un Haut tribunal des forces armées* ». Les fonctions de président sont alors exercées par un magistrat du siège hors hiérarchie, et celles d'assesseur, par un magistrat du siège de la cour d'appel¹⁴¹⁹.

426. Au-delà de la protection du grade, les militaires bénéficient également de certaines garanties en matière disciplinaire et de résidence. Mais ils se trouvent alors placés, concernant le niveau d'encadrement, dans une situation assez comparable à celle des fonctionnaires soumis à la loi du 11 janvier 1984. Pour les affectations [garantie de résidence], ils ne bénéficient pas de la règle du consentement préalable reconnue aux magistrats du siège. Le premier alinéa de l'article L. 4133-1 du code de la défense, dispose effectivement que : « *Les militaires de carrière peuvent, pour les besoins du service, être...affectés d'office dans d'autres corps de l'armée ou de la formation rattachée à laquelle ils appartiennent* ». A titre d'illustration, le rapporteur du projet de loi portant réforme du statut général des militaires, estimait qu'une telle mesure peut trouver à s'appliquer en cas de « *fusion de corps* » ou de « *perte d'une qualification nécessaire pour l'appartenance au corps* »

¹⁴¹⁸ Article L. 112-12 du code de justice militaire. Ainsi, le jugement des militaires jusqu'au grade inclus, de colonel et de capitaine de vaisseau ou assimilé, suppose que le tribunal comprenne « *au moins deux officiers dont un officier supérieur* » (art. L. 112-3). En outre, les juges doivent être du grade immédiatement supérieur à celui du prévenu, ou d'une ancienneté supérieure, lorsqu'ils sont du même grade (art. L. 112-12).

¹⁴¹⁹ Articles L. 112-7 et L. 112-10 du code de justice militaire.

considéré »¹⁴²⁰. Ce pouvoir d'affectation d'office n'est cependant pas sans limite, le même alinéa prévoyant que les militaires : « *ne peuvent être admis dans un corps d'une autre armée ou d'une autre formation rattachée que sur leur demande* ».

Le régime disciplinaire [garantie juridictionnelle] apparaît en revanche un peu moins favorable. En cas de faute ou de manquement, les militaires sont non seulement passibles de « *sanctions disciplinaires* » proprement dites, mais aussi de « *sanctions professionnelles* ». Ces dernières ont spécialement pour objet de réprimer « *des erreurs techniques commises par divers spécialistes* »¹⁴²¹. Le pouvoir de sanction est ensuite dévolu au ministre de la défense ou aux « *autorités assimilées* », en vertu de l'article L. 4137-4 du code de la défense, tandis que l'autorité de nomination conserve uniquement celui de radiation des cadres. De la même façon, l'obligation de requérir l'avis d'une instance consultative, varie suivant la nature et la gravité de la sanction¹⁴²². Elle est ainsi écartée pour les sanctions disciplinaires du troisième groupe. En revanche, la consultation d'un « *conseil d'examen des faits professionnels* » constitue un préalable au retrait d'une qualification professionnelle. Le prononcé des sanctions disciplinaires du deuxième groupe, implique encore l'avis d'un « *conseil de discipline* »¹⁴²³. Les sanctions disciplinaires du troisième groupe nécessitent enfin, le recours préalable à un « *conseil d'enquête* »¹⁴²⁴. D'après l'article L. 4137-3 du même code, ces trois instances doivent être composées d'au moins un militaire du même grade et de la même armée ou formation rattachée que le militaire déféré devant elles, et de militaires d'un grade supérieur. Elles doivent en outre être présidées par « *l'officier le plus ancien dans le grade le plus élevé* ». Mais à l'instar du droit commun de la fonction publique, ces conseils se contentent de rendre des avis « *simple(s), ne liant pas l'autorité disciplinaire* »¹⁴²⁵. En dernier lieu, il a fallu attendre l'entrée en vigueur de la loi du 24 mars 2005, pour que soit reconnu ensemble aux militaires, un : « *droit à la communication de son dossier individuel, à*

¹⁴²⁰ A. Dulait, rapport n° 154 fait au nom de la commission des affaires étrangères, sur le projet de loi portant statut général des militaires, Sénat, 26 janvier 2005, p. 59.

¹⁴²¹ *Ibid.* Ainsi que cela ressort de l'article L. 4137-1 du code de la défense, les sanctions relevant de cette catégorie, sont susceptibles de se cumuler avec les mesures disciplinaires, p. 64.

¹⁴²² Sanctions du 1^{er} groupe : avertissement ; consigne ; réprimande ; blâme ; arrêts ; et blâme du ministre.

¹⁴²³ Sanctions du 2^e groupe : exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de cinq jours, privative de toute rémunération ; abaissement temporaire d'échelon ; et radiation du tableau d'avancement.

¹⁴²⁴ Sanctions du 3^e groupe : retrait d'emploi ; radiation des cadres ; et résiliation du contrat.

¹⁴²⁵ Extrait du rapport de la commission de révision du statut général des militaires, présidée par Renaud Denoix de Saint-Marc, et rendu le 29 octobre 2003. Cité par A. Dulait, rapport n° 154..., *op. cit.*, p. 67.

l'information par son administration de ce droit, à la préparation et à la présentation de sa défense ». Cette innovation avait été présentée lors des travaux préparatoires, comme une « *avancée importante en faveur des militaires* » et un moyen de rétablir une certaine égalité statutaire avec les fonctionnaires¹⁴²⁶. La reconnaissance tardive de cette protection, apparaît pourtant paradoxale sur le plan historique, sachant que le droit à la communication du dossier a pour origine, le « *scandale des fiches* » qui avait touché les militaires au début du XXe siècle¹⁴²⁷.

B. La garantie juridictionnelle reconnue au sein de la justice professionnelle

427. Le système juridictionnel français comprend, au côté des institutions « *ordinaires* » composées de magistrats de carrière, un nombre important de juridictions dites « *professionnelles* », dans la mesure où elles recourent : « *essentiellement à des juges émanant du groupe des professionnels qui en compose en même temps le stock des justiciables* »¹⁴²⁸. Cette catégorie regroupe non seulement des justices concédées et proprement corporatistes, comme les juridictions ordinaires et les chambres d'officiers ministériels, mais aussi des juridictions déléguées et spécialisées, telles que les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes. Or, ces juridictions qui partagent une même essence corporatiste, traduisent par leur existence et leurs caractéristiques respectives, un mouvement convergent en direction de l'Etat. Tandis que les premières participent d'un « *processus d'intégration* » de certains corps professionnels privés, les secondes s'inscrivent dans une logique d'assimilation par rapport aux juridictions ordinaires. La reconnaissance d'une inamovibilité juridictionnelle en faveur des professions libérales réglementées et organisées (**1°**) et des juges consulaires (**2°**), apparaît dans ces conditions, comme la contrepartie de cette évolution.

¹⁴²⁶ A. Dulait, rapport n° 154..., *op. cit.*, p. 65.

¹⁴²⁷ C'est à la suite de ce scandale politique, que fut voté l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, suivant lequel : « *Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier* ».

¹⁴²⁸ J.-P. Markus, *Les juridictions ordinaires*, LGDJ, Systèmes droit, Paris, 2003, pp. 39-40.

1°) La garantie d'intégration reconnue aux professions corporatistes

428. Dire des membres des professions libérales réglementées, soumises aux juridictions ordinales¹⁴²⁹ ou aux chambres d'officiers ministériels¹⁴³⁰ [garantie juridictionnelle], qu'ils sont inamovibles, peu sembler extravagant. Cette garantie est supposée bénéficier aux seuls « *agents publics* » au sens strict, contre l'arbitraire du Pouvoir politique. D'ailleurs, faute d'être employés « *dans* » le service public, le Professeur Chapus les classe parmi ses « *collaborateurs* ». Investis de leur office, en vertu d'une décision administrative, et appelés par leur statut à concourir au service public de la justice, les premiers seraient des collaborateurs « *statutaires* ». Apportant leur concours à la personne publique, dans l'accomplissement de sa mission, les seconds seraient de simples collaborateurs « *occasionnels* »¹⁴³¹.

Ces métiers se distinguent pourtant par leur spécificité, d'autres activités privées susceptibles de concourir à un service public. Il s'agit d'abord de professions « *libérales* », en ce qu'ils recouvrent : « *les professions indépendantes qui ne sont ni commerciales, ni industrielles, ni artisanales, et qui se caractérisent par la nature très particulière des liens qui unissent le professionnel à celui qui a recours à ses services* »¹⁴³². Ils entrent ensuite, dans la catégorie plus restreinte des professions « *réglementées* », c'est-à-dire soumises à un statut légal. Ils concernent plus précisément des activités dont l'accès et l'exercice sont subordonnés à la possession d'un diplôme délivré par l'Etat, ou d'une qualification reconnue par lui, voire pour les officiers ministériels, à l'acquisition d'une charge avec son agrément. Ils figurent enfin au nombre des professions « *organisées* », rassemblées au sein de groupements obligatoires prévus par la loi, sous le contrôle indirect d'un ministère de tutelle.

429. Le régime qui leur est applicable, semble ainsi révéler un certain corporatisme étatique. Ce dernier s'entend effectivement d'une : « *doctrine préconisant l'organisation systématique des différentes professions en corporations* »¹⁴³³. Il postule plus précisément une intervention de l'Etat au-delà de

¹⁴²⁹ Il est notamment possible de citer, parmi ces professions : les avocats, les médecins, les chirurgiens-dentistes, les sages-femmes, les pharmaciens, les infirmiers, les masseurs-kinésithérapeutes, les pédicures-podologues, les orthophonistes, les orthopédistes, les vétérinaires, les architectes, les géomètres-experts, ou encore, les experts-comptables.

¹⁴³⁰ La catégorie professionnelle des officiers ministériels, comprend : les avoués près les cours d'appel, les huissiers de justice, les notaires, et les commissaires-priseurs judiciaires.

¹⁴³¹ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 12^e éd., 1999, p. 19.

¹⁴³² A. Damien, *Professions libérales*, Guide juridique Dalloz, n° 415-8 et 9.

¹⁴³³ G. Cornu, *Corporatisme*, op. cit., 8^e éd., 2007, p. 229.

sa sphère d'attribution traditionnelle, afin de régir, à l'aide de telles structures, des secteurs d'activité qui participent à l'utilité publique. Dans ce cadre, les corporations constituent des « *groupements...aux frontières du Droit public et du Droit privé* », voire même des « *organismes d'Etat* »¹⁴³⁴. Soumises au contrôle des pouvoirs publics, elles jouissent d'un monopole légal pour l'exercice de certains métiers, et veillent au respect des règles qui régissent l'activité de leurs membres. Ce système a connu son apogée en France sous l'Ancien Régime, avec l'encadrement à des degrés variables de la presque totalité des professions¹⁴³⁵. Les statuts royaux reconnaissent le plus souvent aux corporations, un pouvoir d'arbitrage entre leurs membres, et parfois même une véritable juridiction professionnelle sur ceux-ci. Le développement de la pensée « *mercantiliste* », dans les trois derniers siècles de cette période, a notamment permis de légitimer l'extension de ce système à la sphère économique¹⁴³⁶. C'est d'ailleurs à cette époque que furent créées les premières juridictions consulaires. Mais au lieu d'une délégation, leur compétence résultait alors « *d'une concession de justice faite à des particuliers* », en l'occurrence les marchands, « *afin qu'ils règlent leurs affaires privées, sous l'étroite surveillance cependant du juge royal* »¹⁴³⁷.

L'abolition des privilèges lors de la nuit du 4 août 1789, ne s'est pas traduite par une exclusion pérenne des corporations. Principalement circonscrites aux professions de santé et du droit, celles-ci sont progressivement réapparues à l'instigation du Pouvoir central, sous la forme d'un certain néo-corporatisme. Comme l'a souligné le Conseiller d'Etat André Damien, il s'agissait alors de réunir dans une même catégorie : « *des techniciens des professions dites nobles...qui considéreraient exercer une mission plus qu'un métier, avec une volonté de faire passer cette mission avant la recherche première et exclusive du profit* ». Le XIXe siècle a ainsi été marqué par l'essor des corps d'officiers ministériels concourant au service public de la justice, dans le cadre des « *chambres d'officiers*

¹⁴³⁴ *Ibid.*, p. 229 ; P. Nemo, *Histoire des idées politiques dans l'Antiquité et au Moyen-Âge*, PUF, Quadrige, Paris, 1^{ère} éd., 2007, p. 362.

¹⁴³⁵ P.-C. Timbal, *op. cit.*, pp. 436-440.

¹⁴³⁶ Antoine de Montchrestien écrivait ainsi en 1619 : « *Toute société...semble être composée de gouvernement et de commerce. Le premier est absolument nécessaire, et le second secondairement. D'où l'on peut conclure que les marchands sont plus qu'utiles en l'Etat, et que leur soin questuaire qui s'exerce dans le travail et dans l'industrie, fait et cause une bonne part du bien public* », in *Traité d'économie politique*, 1615, rééd., Franck Brentano, Paris, 1889, p. 137.

¹⁴³⁷ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 77.

ministériels »¹⁴³⁸. Le législateur reconnaît à ces dernières, le caractère d'établissement d'utilité publique¹⁴³⁹, c'est à dire de personnes privées « *créées dans un but d'intérêt général et d'utilité publique* »¹⁴⁴⁰. Le XXe siècle a vu naître de la même façon, avec le développement des « *ordres professionnels* »¹⁴⁴¹, d'autres professions réglementées et organisées, participant notamment aux services publics de la santé et de la justice. Le Conseil d'Etat les qualifie, depuis son arrêt « *Bouguen* » du 2 avril 1943, de personnes privées gérant un service public administratif¹⁴⁴². Ces organisations professionnelles sont susceptibles d'être définies, plus généralement, comme des : « *organisme(s) de caractère corporatif institué(s) par la loi au plan national, régional ou départemental et regroupant obligatoirement les membres de certaines professions libérales...qui exerce(nt), outre une fonction de représentation, une mission de service public* » consistant à « *veiller au bon exercice (de ces) professions...et à garantir le respect des règles professionnelles* »¹⁴⁴³.

430. La soumission de ces professions à un cadre juridique particulier, place leurs membres dans une situation particulière vis-à-vis de l'Etat. S'ils ne sont pas des « *agents publics* » au sens où le conçoivent le Professeur Chapus et le droit positif, cette qualité ne saurait pour autant leur être totalement déniée. L'auteur a d'ailleurs lui-même relativisé ses propos, en soulignant que : « *la question n'est (finalement) pas de savoir si ces avocats...sont ou non des agents publics. Ils ne sont pas des agents de la personne publique* »¹⁴⁴⁴. A cet égard, il ne faut pas oublier que les officiers ministériels ont longtemps été considérés comme des « *fonctionnaires* ». Il est ainsi possible d'évoquer en ce sens, dans la doctrine du début du XXe siècle, les

¹⁴³⁸ Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, constituent toutefois une exception. En dépit de leur qualité d'officiers ministériels, ils n'ont pas été constitués en « *chambre* », mais en « *ordre* », par l'ordonnance du 10 septembre 1817.

¹⁴³⁹ Cette qualification est reconnue : aux chambres départementales, régionales, et nationales des huissiers de justice, par l'article 5 de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 ; aux chambres départementales des notaires, par l'article 3 de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 ; et aux chambres de discipline des commissaires-priseurs, par l'article 7 de l'ordonnance n° 45-2593 du 2 novembre 1945.

¹⁴⁴⁰ C.Cass. Civ., arrêt du 5 mars 1856, Dalloz 1856.I.121.

¹⁴⁴¹ Si l'essentiel des ordres professionnels, a été créé à partir du Régime de Vichy, il existe néanmoins deux exceptions. L'ordre des avocats, et l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, furent respectivement établis par la loi du 14 décembre 1810, et la loi du 10 septembre 1817.

¹⁴⁴² CE Ass., arrêt du 2 avril 1943, « *Sieur Bouguen* », Rec. p. 86.

¹⁴⁴³ G. Cornu, *Ordre*, op. cit., 8^e éd., 2007, p. 601 ; A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, PUF, Thémis, Paris, 1^{ère} éd., 2007, p. 203.

¹⁴⁴⁴ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, op. cit., p. 20.

écrits des Doyens Hauriou et Duguit¹⁴⁴⁵. La loi elle-même, a expressément qualifié les notaires de « *fonctionnaires* », entre 1791 et 1945. Ce paradoxe semble justement avoir trouvé une explication dans une étude consacrée par Maurice Block, en 1898, à ce statut hybride. Le juriste relevait dans un premier temps que, si « *les lois du 29 septembre 1791 et du 25 ventôse an XI qualifient expressément les notaires de fonctionnaires, ceux-ci : « ne sont pas fonctionnaires dans le sens propre du mot ; ils ne sont ni dépositaires, ni agents de l'autorité publique* ». Mais immédiatement après, il atténuait son propos en se référant à l'esprit de la loi : « *On a simplement voulu, en les soumettant à une étroite tutelle, que les particuliers, obligés de recourir à leur intermédiaire, puissent le faire en toute sécurité* »¹⁴⁴⁶. Ce raisonnement aboutissait donc à reconnaître, à côté de la catégorie traditionnelle des agents publics, « *employés* » par la personne publique, un groupe d'agents assimilés, en raison de leur « *soumission à un régime* » juridique spécifique. Or, en dépit d'un champ d'application différent, cette distinction présente une certaine analogie avec les règles prétoriennes aujourd'hui applicables pour la détermination des contrats administratifs.

Une convention conclue entre une personne publique et une personne privée est qualifiée d'administrative, si elle remplit un des critères matériels alternatifs suivants : la présence d'une clause exorbitante de droit commun ; l'exécution d'une mission de service public ; ou la soumission à un régime exorbitant de droit commun. Les deux premières conditions ont successivement été appliquées aux personnels « *employés* » par contrat, pour la reconnaissance de la qualité d'agent public. Le critère de la clause exorbitante a ainsi été retenu dans un premier temps, afin de qualifier les conventions conclues par les personnes publiques dans le cadre de leurs services publics administratifs¹⁴⁴⁷. Puis, le Conseil d'Etat lui a substitué un critère de l'objet, dans son arrêt « *Vingtain et Affortit* » du 4 juin 1954. Un contrat passé avec un agent était désormais qualifié d'administratif, dès lors qu'il le faisait : « *participer directement à l'exécution du service* »¹⁴⁴⁸. Cependant, le Tribunal des conflits a fait évoluer cette jurisprudence au profit d'une approche extensive de ce critère, dans son arrêt « *Berkani* » du 25 mars 1996. Celui-ci a alors admis, que : « *les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif*

¹⁴⁴⁵ M. Hauriou, *Précis de droit administratif...*, op. cit., 4^e éd., 1900, p. 594 ; L. Duguit, *Etudes de droit public...*, op. cit., p. 595.

¹⁴⁴⁶ M. Block, *Fonctionnaire*, in M. Block, *Dictionnaire de l'administration française*, Berger-Levrault et Cie, Paris, 4^e éd., 1898, p. 1168.

¹⁴⁴⁷ M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Grands arrêts, Paris, 16^e éd., 2007, p. 246.

¹⁴⁴⁸ CE Sect., arrêt du 4 juin 1954, « *Vingtain et Affortit* », Rec. p. 342.

sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi »¹⁴⁴⁹. Le troisième critère ne semble, en revanche, jamais avoir été appliqué aux relations contractuelles entre les personnes publiques et leurs agents. Pour autant, son économie rejoint la distinction opérée à la fin du XIXe siècle. Dégagé par le Conseil d'Etat en 1973, dans son arrêt « *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant* », il consiste en la soumission de la convention, à un « *régime exorbitant de droit commun* »¹⁴⁵⁰. La qualification du contrat ne résulte plus ici de son contenu ou de son objet, mais du contexte général entourant sa conclusion. Cette solution a en outre été adoptée afin de pallier un éventuel refus de contracter, et donc l'absence de lien conventionnel entre les parties. Une transposition de ce raisonnement aux métiers corporatistes, dont les membres ne sont pas employés par l'Etat, mais relèvent d'une profession réglementée et organisée, permet dès lors de les assimiler d'une certaine manière, à une catégorie particulière d'« *agents publics* ».

431. Force est d'ailleurs de constater que l'Etat, à défaut de les employer directement, dispose indirectement d'un pouvoir d'éviction à leur égard. Les membres de ces professions sont effectivement soumis au contrôle de l'autorité étatique, par le truchement organique des chambres d'officiers ministériels et des ordres professionnels. Or, comme a pu le juger le Tribunal des conflits à propos des seconds : « *l'une (de leur) fonctions essentielle est d'assurer la discipline interne de la profession par des mesures unilatérales qui s'imposent à tous (leurs) membres* »¹⁴⁵¹. Ils sont pourvus à cette fin par l'Etat, d'un véritable pouvoir disciplinaire, susceptible d'être utilisé de manière arbitraire dans un régime corporatiste. C'est ainsi que la reconstitution du premier ordre post-révolutionnaire, celui des avocats sous le Premier Empire, s'est inscrite dans une politique d'assujettissement du barreau. Cet acte constituait moins une reconnaissance, qu'une mise sous tutelle de la profession, comme l'attestait le pouvoir propre de radiation reconnu au « *grand juge* »¹⁴⁵². De la même façon, le Régime de Vichy est à l'origine de la diffusion du système ordinal, au-delà de la sphère concentrée du barreau. Les ordres créés pendant cette période, s'inscrivaient dans une perspective de rétablissement de « *l'ordre moral* » et de mise en place d'un Etat « *totalitaire* ». Le Professeur Markus souligne en ce sens que les nouvelles structures étaient : « *d'un*

¹⁴⁴⁹ TC, arrêt du 25 mars 1996, « *Berkani* », Rec. p. 535.

¹⁴⁵⁰ CE Sect., arrêt du 19 janvier 1973, « *Société d'exploitation de la rivière du Sant* », Rec. p. 48.

¹⁴⁵¹ TC, arrêt du 13 février 1984, « *Cordier et autres* », Rec. p. 447.

¹⁴⁵² Article 40 de la loi du 14 décembre 1810. Napoléon Ier ne cachait d'ailleurs pas son hostilité à l'égard des avocats. La doctrine lui prête à cet égard, la formule : « *tant que j'aurai l'épée au côté, je veux pouvoir couper la langue aux avocats qui s'en servent contre le gouvernement* ». Voir : J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, op. cit., pp. 466-467 ; R. Perrot, op. cit., p. 334.

type nouveau, copie presque conforme du modèle allemand contemporain (caractérisé) par un pouvoir de police renforcé, s'accompagnant de la mise en place d'une juridiction interne »¹⁴⁵³. Les dérives pouvant résulter de la création d'organismes corporatistes, ont d'ailleurs été appréhendées par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt du 23 juin 1981, « *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique* », celle-ci a effectivement condamné les : « *régimes totalitaires (qui) ont recouru – et recourent – à l'encadrement, par la contrainte des professions dans des organisations hermétiques et exclusives se substituant aux associations professionnelles et aux syndicats traditionnels* »¹⁴⁵⁴.

Cette condamnation apparaît d'autant plus importante, que les professions corporatistes restent gouvernées, à la différence des membres de la fonction publique, par le principe d'indépendance. De manière générale, elles demeurent malgré leur caractère « *réglementé* », des professions « *libérales* ». Les officiers ministériels, y compris ceux qui ont la qualité d'officier public, sont de : « *simples particuliers qui ont acquis une « charge » à leur prédécesseur* »¹⁴⁵⁵. Leur indépendance est à fois la contrepartie de leur maintien en tant que personnes privées, et de l'obligation qui leur est faite d'acquérir la finance de l'office. Les membres des professions ordinaires sont également des particuliers, mais le lien qu'ils entretiennent avec le service public est plus ténu. Dans ces conditions, ils sont supposés bénéficier vis-à-vis de l'Etat, d'une plus grande indépendance. C'est ainsi que la loi du 31 décembre 1971 dispose sans ambiguïté dans son article 1^{er}, que : « *La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante* »¹⁴⁵⁶.

432. Dans le souci de concilier l'indépendance nécessaire pour l'exercice d'une profession libérale, avec le contrôle requis par la participation de ces métiers à une mission de service public, la discipline a donc été juridictionnalisée [garantie juridictionnelle]. Cette nature ne semble jamais avoir prêté à discussion pour les avocats et les officiers ministériels. La complexité du dispositif de première instance, imbriquant les « *conseils* » ou « *chambres* » disciplinaires, avec les tribunaux de l'ordre judiciaire, révélait dès l'origine un aspect juridictionnel¹⁴⁵⁷. Ce système a

¹⁴⁵³ J.-P. Markus, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁵⁴ CEDH, arrêt du 23 juin 1981, « *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique* », Req. n° 6878/75 et 7238/75, § 65.

¹⁴⁵⁵ R. Perrot, *op. cit.*, 12e éd., 2006, p. 359.

¹⁴⁵⁶ Article 1^{er} alinéa 2 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

¹⁴⁵⁷ Applicable aux avocats, l'ordonnance du 20 novembre 1822 répartissait la compétence disciplinaire, suivant la taille du barreau. Celle-ci revenait à un « *tribunal de première instance* », pour les petites structures (art. 10 et 11), et à un « *conseil de discipline* », dans les autres (art. 7 et 8).

toutefois été remis en cause, concernant les avocats, par la loi du 11 février 2004. Ce texte confie l'ensemble de la compétence disciplinaire, en premier ressort, à des « *conseils de discipline institué dans le ressort de chaque cour d'appel* »¹⁴⁵⁸. A l'inverse, l'ancien dispositif a été maintenu à l'égard des officiers ministériels, par l'ordonnance du 28 juin 1945. La « *chambre de discipline* » a le pouvoir de prononcer les sanctions les plus faibles, telles que le rappel à l'ordre, la censure simple, ou la censure devant la chambre assemblée. Le tribunal de grande instance reste quant à lui, chargé des mesures les plus graves, dont l'interdiction temporaire et la destitution¹⁴⁵⁹. Les dispositions régissant cette répartition des compétences, sont enfin rassemblées dans un titre II de l'ordonnance, explicitement intitulé : « *Des juridictions disciplinaires* ». Au-delà, le caractère juridictionnel du système applicable aux avocats et aux officiers ministériels, ressort des voies de recours ouvertes à ceux-ci contre les sanctions disciplinaires. L'article 19 de la loi du 31 décembre 1971, pour les avocats, et l'article 36 de l'ordonnance du 28 juin 1945, concernant les officiers ministériels, prévoient la possibilité d'un recours devant la cour d'appel du ressort.

En revanche, la situation des autres professions a initialement souffert d'une certaine incertitude. Les années 1940 ont connu une multiplication des instances ordinales dotées d'un pouvoir disciplinaire, sans que le législateur ne les qualifie de juridictions. Pourtant, comme le relève le Professeur Markus, « *l'enjeu (d'une telle reconnaissance) était important : respect des droits de défense, nature des voies de recours ouvertes, nature du contrôle exercé* ». Ainsi, la loi du 7 octobre 1940 prévoyait tout au plus la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre les sanctions prises par le Conseil supérieur de l'ordre des médecins¹⁴⁶⁰. Il a fallu attendre l'arrêt « *Moineau* », du 2 février 1945, pour voir la nouvelle « *chambre*

L'ordonnance du 4 janvier 1843 répartissait de la même façon, la compétence disciplinaire à l'égard des notaires, en fonction de la gravité de la sanction. Les sanctions les plus graves relevaient des tribunaux (art. 53), et les autres des « *chambres de discipline* » (art. 14). L'article 1^{er} du même texte, prévoyait même un lien territorial, entre les deux instances : « *Il y a près de chaque tribunal civil de première instance et dans la ville où il siège une chambre des notaires, chargée de la discipline parmi les notaires de l'arrondissement* ».

¹⁴⁵⁸ Article 22 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifiée par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004. Pour autant, les tribunaux de première instance continuent à exercer les fonctions de « *conseil de l'ordre* », dans les petits barreaux n'ayant pas choisi de se regrouper.

¹⁴⁵⁹ Articles 5, 9 et 15 de l'ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945, relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels.

¹⁴⁶⁰ La loi du 7 octobre 1940 instituant l'ordre des médecins, prévoyait ainsi que les décisions prises en matière disciplinaires, par le Conseil supérieur de l'ordre des médecins, pourraient être portées devant le Conseil d'Etat, par la voie du recours pour excès de pouvoir. Cette disposition ne devait pas être critiquée par le Conseil d'Etat, dans son arrêt : CE Ass., arrêt du 2 avril 1943, « *Bouguen* », Rec. p. 86.

disciplinaire » de l'ordre des médecins qualifiée de juridiction¹⁴⁶¹. Toutefois, cette reconnaissance restait subordonnée à un critère formel, consistant en la présence d'un magistrat ou assimilé. Cette jurisprudence apparaissait donc difficilement compatible avec l'idée de « *juridictions corporatistes* ». Huit ans se sont encore écoulés, avant que l'ensemble des instances disciplinaires ordinaires puisse accéder au statut de juridiction. La Haute juridiction administrative a finalement fait prévaloir l'exigence d'un critère matériel, à l'occasion de son arrêt « *De Bayo* », du 12 décembre 1953. Plus précisément, les mesures prises par les juridictions ordinaires étant soumises au contrôle de cassation du Conseil d'Etat, ces formations revêtent un caractère administratif. En toute hypothèse, qu'elles soient de nature judiciaire pour les premières, ou de nature administrative pour les secondes, ces juridictions bénéficient d'une compétence disciplinaire exclusive. Or, sachant que les sanctions prononcées peuvent aller jusqu'à l'éviction de la profession, leur existence fait bénéficier les membres des professions concernées, d'une garantie juridictionnelle comparable à celle dont jouissent les magistrats du siège de l'ordre judiciaire.

2°) La garantie d'assimilation reconnue aux juges consulaires

433. Les tribunaux de commerce se distinguent par leur singularité au sein du système juridictionnel français. Régulièrement taxés d'anachronisme, en comparaison des juridictions « *ordinaires* », ils ont à l'inverse, constamment été plébiscités pour leur modernité parmi les juridictions « *professionnelles* ». Considérés comme « *la plus ancienne de nos juridictions* » contemporaines¹⁴⁶², leur longévité s'explique par une relative capacité d'adaptation, et leur rapprochement avec les institutions traditionnelles. C'est ainsi que sous l'Ancienne Monarchie, ils ont été la première instance de conciliation, professionnelle et corporatiste, à être érigée au rang de « *juridiction* ». D'abord établis dans certaines villes, les « *tribunaux des juges et consuls* » furent ensuite généralisés à l'ensemble du royaume, par l'édit de 1563. De caractère permanent, ils bénéficiaient alors d'une compétence « *concedée* », à l'instar des actuelles juridictions ordinaires, et « *chambres de discipline* ». Les juridictions consulaires furent de la même façon, les seules institutions judiciaires qui surmontèrent en 1789, la tourmente révolutionnaire. A cela plusieurs raisons. Elles avaient d'une part progressivement perdu leur aspect corporatiste, du fait de l'extension de leurs attributions à la plupart des litiges commerciaux. Les auteurs de la loi des 16 et 24 août 1790, avaient d'autre part jugé

¹⁴⁶¹ CE Sect., arrêt du 2 février 1945, « *Moineau* » : à propos de la « *chambre juridictionnelle* » de l'ordre des médecins, Rec. p. 27. Le Conseil d'Etat a toutefois remplacé, le critère formel utilisé dans cet arrêt, par un critère matériel de reconnaissance d'une juridiction, dans son arrêt du 12 décembre 1953, « *De Bayo* », Rec. p. 544.

¹⁴⁶² R. Perrot, *op. cit.*, 12e éd., 2006, p. 112.

nécessaire, le maintien d'une juridiction spécifique, pour connaître du « *contentieux commercial* »¹⁴⁶³. Enfin, comme le souligne le Professeur Perrot : « *l'élection des juges, conforme à l'idéologie de l'époque, leur valut grâce aux yeux du législateur* »¹⁴⁶⁴.

Les événements révolutionnaires ont eu des conséquences durables sur les relations, entre les tribunaux consulaires et les autres juridictions professionnelles. Tandis que les premiers accédaient à la justice déléguée, entre vingt ans et un siècle et demi se sont écoulés, avant de voir renaître les secondes. La première juridiction corporatiste post-révolutionnaire a été créée par le décret du 14 décembre 1810, lors de la reconstitution de l'ordre des avocats¹⁴⁶⁵. Il a toutefois fallu, véritablement attendre 1953, pour voir cette catégorie prendre un nouvel essor, avec la multiplication des « *juridictions* » ordinales¹⁴⁶⁶. Mais quel que soit leur nombre, ces instances corporatistes demeurent ce qu'étaient les juridictions consulaires avant la Révolution, à savoir des justices « *conçédées* ». Un siècle a également été nécessaire, pour que les conseils de prud'hommes établis par la loi du 18 mars 1806, puissent bénéficier à leur tour, du statut de « *juridiction* ». Dès lors, si ces instances disposent aujourd'hui d'une compétence déléguée, à l'instar des juridictions consulaires, leurs appels ont longtemps été déférés à ces derniers¹⁴⁶⁷. Les tribunaux de commerce apparaissent dans ces conditions, comme un modèle d'intégration et d'assimilation dans l'Etat, pour les autres juridictions professionnelles. Ce mouvement a d'ailleurs été approfondi par le législateur, au cours des deux dernières décennies, sur le plan des garanties d'éviction. Tandis que les juges consulaires ont longtemps bénéficié de l'irrévocabilité, à l'instar des membres des juridictions ordinales¹⁴⁶⁸ et des chambres d'officiers ministériels, ils jouissent désormais de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité.

¹⁴⁶³ Cf. Partie I, titre I de la thèse.

¹⁴⁶⁴ R. Perrot, *op. cit.*, 12e éd., 2006, p. 113. Voir également sur le sujet : J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, pp. 76-77.

¹⁴⁶⁵ L'article 2 du décret du 14 décembre 1810, prévoyait effectivement la création d'un « *conseil de discipline* », pour chaque barreau de plus de vingt avocats.

¹⁴⁶⁶ Ainsi que cela a déjà été relevé précédemment, les instances disciplinaires ordinaires, ses sont multipliées à partir du début des années 1940. Mais il faut attendre l'arrêt du Conseil d'Etat « *De Bayo* », du 12 décembre 1953, pour leur voir reconnu la qualité de « *juridictions* ».

¹⁴⁶⁷ Les conseils de prud'hommes sont tour à tour apparus, comme des instances disciplinaires, entre 1806 et 1848, puis arbitrales, de 1848 à 1907. Les tribunaux de commerce ont cessé de connaître des appels, dirigés contre les décisions de ces juridictions, avec la loi du 15 juillet 1905.

¹⁴⁶⁸ Ainsi pour Jean-Paul Markus : « *Le régime disciplinaire des juges-pairs est inexistant* ». Voir : *op. cit.*, p. 45.

434. Entre 1791 et 1987, la situation des juges consulaires au regard de cette protection, s'est révélée assez incertaine. Cette question a été plus ou moins éludée pendant ces deux siècles, en partant du présupposé immuable, suivant lequel : « *le problème concernant les garanties d'indépendance à l'égard du gouvernement ne se posent pas* (pour ces juges,) *puisque'ils tiennent leur pouvoir de l'élection* »¹⁴⁶⁹. Mais au-delà de cette communauté de vue, cette période s'est traduite par une distorsion entre, d'un côté, la rigueur des premières Constitutions, et de l'autre, le silence des textes et le mutisme de la doctrine.

Le bénéfice de cette garantie a effectivement été envisagé, par ricochet ou *a contrario*, par la plupart des Constitutions qui se sont succédées jusqu'à la Seconde République. Ainsi, celle du 3 septembre 1791 prévoyait que : « *La justice sera rendue...par des juges élus à temps par le peuple...- Ils ne pourront être, ni destitués que pour forfaiture dûment jugée, ni suspendus que pour une accusation* ». Cette disposition, reprise dans des termes moins explicites par la Constitution de l'an III, venait ainsi conjuguer le système électif, avec l'inamovibilité juridictionnelle. Les membres des tribunaux de commerce étaient donc présumés, en leur qualité de juges élus, jouir de cette protection. Cependant, cet article démontrait moins la volonté du législateur de rendre les juges consulaires inamovibles, que celle d'étendre le principe de l'élection à la magistrature toute entière. Ayant bénéficié de cette garantie par incidence, ils devaient naturellement la perdre lorsque l'Exécutif fut rétabli dans ses droits. La nomination par le Pouvoir redevenait la « *règle* » à partir du Consulat, tandis que la désignation par le suffrage reflétait vers « *l'exception* ». Il résultait désormais de l'article 68 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, que : « *Les juges, autres que les juges de paix, conservent leurs fonctions toute leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture, ou qu'ils ne soient maintenus sur les listes d'éligibilité* ». Si la situation des juges consulaires n'était pas expressément évoquée par ce texte, la référence aux « *fonctions à vie* » les excluait nécessairement du bénéfice de cette protection. L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, du 22 avril 1815, devait d'ailleurs expliciter cet état du droit. Son article 51 disposait que : « *L'Empereur nomme tous les juges. Ils sont inamovibles et à vie dès l'instant de leur nomination sauf la nomination des juges de paix et des juges de commerce, qui aura lieu comme par le passé* ». Les Chartes de la Restauration et de la Monarchie de Juillet firent encore en ce sens, preuve d'une plus grande clarté. Selon une même rédaction, celles-ci prévoyaient que : « *Les juges nommés par le roi sont inamovibles* », avant d'ajouter que : « *l'institution actuelle des juges de commerce*

¹⁴⁶⁹ R. Perrot, *op. cit.*, 12e éd., 2006, p. 118.

est conservée »¹⁴⁷⁰. Dans ces conditions, l'absence d'inamovibilité des juges consulaires apparaissait certaine, lors de l'avènement de la Seconde République.

En revanche, toutes les Constitutions adoptées ultérieurement, y compris celle de la V^{ème} République, sont demeurées silencieuses sur ce point. La loi n'ayant pas permis de combler une telle lacune, le soin de clarifier l'état du droit est revenu à la doctrine. Or, celle-ci s'est distinguée par son mutisme, sinon par son imprécision. A la question de savoir si les juges consulaires devaient bénéficier de l'inamovibilité, la plupart des auteurs esquivaient par une référence au système électif. Le Professeur Perrot résume encore aujourd'hui, l'économie d'une pensée qui a traversé les âges : « ...dit-on, le recrutement par voie d'élection assure au juge une totale indépendance à l'égard du pouvoir exécutif ; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle, pendant dix ans, le législateur révolutionnaire, imbu du principe de la séparation des pouvoirs poussé dans ses plus extrême limites, avait décidé que tous les juges seraient élus »¹⁴⁷¹. Les auteurs qui cherchaient à justifier une réponse négative, étaient à l'inverse plus rares. Dans sa thèse de doctorat publiée en 1909, et consacrée à l'inamovibilité de la magistrature, Charles Carisch expliquait ainsi, que : « ...tenant ses pouvoirs de l'élection, (le juge consulaire) n'a pas à craindre l'arbitraire du pouvoir exécutif, surtout que ce n'est point dans le domaine commercial que celui-ci peut songer d'ordinaire à user des mesures arbitraires. Il était donc inutile d'étendre à ces juges la garantie de l'inamovibilité »¹⁴⁷². Une telle réponse avait toutefois pour défaut d'ignorer l'importance croissante de l'économie dans la stratégie politique et diplomatique de l'Etat. A l'instar des autres, elle conduisait surtout à éluder une autre question, en l'occurrence celle de savoir si les juges consulaires étaient ou non inamovibles. L'utilisation de l'imparfait par l'auteur, semblait en effet aller dans le sens d'une solution positive. Mais alors que l'état du droit était le même, Guillaume Carré écrivait quatre-vingt ans plus tôt, en 1825, que certains juges : « ont été et sont encore essentiellement amovibles, en vertu des lois de leur institutions : ce sont les juges de commerce »¹⁴⁷³. Et à l'opposé, tandis que les règles applicables étaient restées inchangées, René Bourdin affirmait quarante ans plus tard, en 1949, que : « Les conseillers prud'hommes, contrairement aux juges consulaires, ne sont pas inamovibles pendant leur mandat »¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷⁰ Articles 58 et 60 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, et articles 49 et 51 de la Carte constitutionnelle du 14 août 1830.

¹⁴⁷¹ R. Perrot, *op. cit.*, 12e éd., 2006, p. 282.

¹⁴⁷² C. Carisch, *op. cit.*, p. 46.

¹⁴⁷³ G.L.J. Carré, *Traité des lois...*, t. 1, *op. cit.*, pp. 129-130.

¹⁴⁷⁴ R. Bourdin, *op. cit.*, p. 48.

435. Ni l'une, ni l'autre de ces solutions, n'est cependant exacte. Le Jurisconsulte de la Restauration confondait cette garantie avec la nomination à vie, qualifiant d'amovibles, des juges : « *qui depuis leur premier établissement en France, sous François Ier en 1549, jusqu'à nos jours, ont été constamment élus pour un temps déterminé* ». Le Juriste de l'après-guerre restait au contraire très évasif dans son explication. Tout au plus soulignait-il la soumission des conseillers prud'homaux, à une : « *discipline compliquée organisée par la loi du 27 mars 1907* ». Son approche se révélait néanmoins erronée, au regard du régime disciplinaire applicable aux juges consulaires. Si ces derniers échappaient depuis la Révolution, à toute discipline administrative, ils étaient également soustraits depuis le Consulat, à toute discipline juridictionnelle. Dans ce contexte, l'interprétation la plus juste du droit en vigueur, entre 1799 et 1987, a été donnée par Charles Carisch. L'auteur nuancait en effet son propos, sur l'inutilité de l'inamovibilité, en ajoutant que : « *en fait les juges consulaires...en jouissent puisque pendant la durée de leurs fonctions ils ne peuvent être révoqués* »¹⁴⁷⁵. Ce faisant, sous couvert de constater une « inamovibilité de fait », le juriste décelait implicitement chez ces juges, une « irrévocabilité de droit ».

Les inconvénients attachés à cette garantie, ont toutefois eu raison de son maintien, presque deux cents ans après sa consécration. Le Professeur Perrot justifie d'ailleurs en ce sens, l'intervention de la loi du 16 juillet 1987 : « *Il a paru nécessaire d'édicter certaines règles particulières concernant la discipline. Jusqu'à une époque récente, cette question avait été négligée : on pensait alors que, s'agissant de juges élus, les fautes éventuelles commises par eux trouveraient tout naturellement leur sanction dans leur non-réélection. L'expérience a prouvé que cette lacune était regrettable et que, dans certains cas, il fallait pouvoir infliger une sanction immédiate au juge qui se serait rendu coupable d'une faute grave* »¹⁴⁷⁶. L'irrévocabilité de ces juges nuisait plus précisément, non seulement au bon fonctionnement de la justice commerciale, mais surtout à la pérennité de l'institution consulaire. Il est d'ailleurs intéressant de constater à cet égard, une certaine analogie avec les parlements d'Ancien Régime. D'une part, cette protection exorbitante n'était pas sans rappeler, « l'irrévocabilité de fait » des anciens magistrats. Les juges consulaires se sont d'autre part appropriés la pratique des démissions de masse, naguère utilisée par les parlementaires, pendant le « *procès des trois cents ans* »¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁵ C. Carisch, *op. cit.*, pp. 47-48.

¹⁴⁷⁶ R. Perrot, *op. cit.*, 12e éd., 2006, p. 119.

¹⁴⁷⁷ Suite à l'annonce en Conseil des ministres, le 14 octobre 1998, d'un projet de réforme des tribunaux de commerce, 700 des 3 200 juges consulaires en exercice, avaient ainsi démissionné en signe de contestation. Sur l'origine de cette formule, voir : Partie I, titre I, chapitre 2 de la thèse.

Mais à la différence des anciennes cours souveraines, la suppression des tribunaux de commerce ne semble jamais avoir été sérieusement envisagée. La prise en compte de paramètres budgétaires, dont la gratuité des fonctions consulaires, a conduit le gouvernement à s'orienter vers des solutions plus nuancées. Plusieurs projets de réforme se sont ainsi succédé depuis la fin des années 1970, dans le sens d'une « *assimilation* » des juges consulaires, à la magistrature de carrière. Les propositions les plus ambitieuses, destinées à établir un statut pour ces juges¹⁴⁷⁸, ou à introduire la « *mixité* » au sein des tribunaux de commerce¹⁴⁷⁹, ont toutefois échoué devant leur hostilité. L'institution d'une discipline juridictionnelle est finalement la seule réforme à avoir aboutie, au cours des trente dernières années.

436. La loi du 16 juillet 1987 a ainsi contribué, à faire évoluer les juges consulaires d'un état d'« irrévocabilité de droit », à une situation d'« inamovibilité de droit » pendant leur mandat. Ce texte a effectivement institué une Commission nationale de discipline des tribunaux de commerce, *a priori* constitutive d'une véritable juridiction. En vertu de l'article L. 724-2 du code de commerce, celle-ci se trouve uniquement composée sur le plan organique, par des juges consulaires et des magistrats ou assimilés. Elle est présidée est en effet présidée par un président de chambre de la Cour de cassation, désigné par le premier président de cette dernière. Elle comprend en outre : un conseiller d'Etat choisi par le vice-président du Conseil d'Etat ; deux magistrats du siège des cours d'appel, également désignés par le premier président de la Cour de cassation, à partir d'une liste établie par les premiers présidents de cours d'appel ; et enfin, quatre juges consulaires élus, par l'ensemble des présidents des tribunaux de commerce. Ces quatre juges de carrière et ces quatre juges professionnels sont désignés pour une durée de quatre ans, et sont irrévocables pendant cette période. Selon l'article L. 724-3 du même code, lorsqu'un juge consulaire est suspecté d'une faute, il fait l'objet d'une audition préalable devant le président du tribunal de commerce auquel il appartient. Le garde des Sceaux est toutefois seul compétent, au vu des résultats de cet entretien, pour saisir la

¹⁴⁷⁸ Un premier projet de loi fut déposé en 1979, sur le bureau du Sénat, par le garde des Sceaux Alain Peyrefitte. Celui-ci fit l'objet d'un rapport n° 247 de la commission compétente du Sénat (1978-1979), mais il ne fut jamais discuté en séance. Un second projet de loi fut déposé en 2000, sur le bureau de l'Assemblée nationale, par le garde des Sceaux Elisabeth Guigou. Celui-ci a néanmoins été rejeté, en première lecture devant le Sénat, le 14 février 2002.

¹⁴⁷⁹ Un premier projet fut élaboré en 1982, avant d'être retiré deux ans plus tard. Voir : réponse ministérielle n° 43900, JO Assemblée nationale, 16 juillet 1984, p. 3359, JCP 1984.IV.300. A la fin des années 1990, deux rapports furent adoptés en ce sens : F. Colcombet (prés.), *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?*, rapport n° 1038 de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, Assemblée nationale, 2 juillet 1998 ; D. Bernard, C. Babuziaux (prés.), *La mixité dans les juridictions commerciales*, rapport de la commission de la commission chargée de proposer les modalités de mise en œuvre de la mixité généralisée dans les tribunaux de commerce, Ministères de la justice et des finances, 2 avril 1999. Ces projets ont conduit au dépôt du projet de loi précité, en 2000, sur le bureau de l'Assemblée nationale.

Commission nationale de discipline. Une fois mise en état de statuer, celle-ci se prononce au regard des dispositions de l'article L. 724-1 du code précité, suivant lequel : « *Tout manquement d'un juge d'un tribunal de commerce à l'honneur, à la probité, à la dignité et aux devoirs de sa charge constitue une faute disciplinaire* ». En cas de constat d'un tel manquement, et suivant sa gravité, la juridiction dispose alors du pouvoir de sanctionner le juge concerné, par un blâme ou la déchéance. L'article L. 724-6 prévoit enfin une obligation de motivation des décisions de la Commission, ainsi qu'une possibilité de recours devant la Cour de cassation.

Le dispositif élaboré en 1987, ne semblait pourtant pas avoir atteint, dix ans plus tard, l'objectif qui lui était initialement imparti. Dans son rapport du 2 juillet 1998, la commission d'enquête sur « *l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce* »¹⁴⁸⁰, prenait soin de souligner qu'entre 1987 et 1996, la Commission nationale s'était réunie à quatre reprises seulement, pour un total de soixante-trois affaires disciplinaires. Les développements suivants attribuaient cet écart, à un phénomène de contournement de la procédure disciplinaire, du fait de la pratique des démissions volontaires. Or, celle-ci paraissait bénéficier d'un large soutien, y compris de la part de la Chancellerie et de la Conférence générale des tribunaux de commerce. Cette dernière a d'ailleurs pu expliquer, en 1997, que si : « *La structure disciplinaire existe à travers la Commission nationale créée par la loi de 1987. Dans les faits, elle n'a eu que très peu d'occasions de se réunir* ». Et la Conférence générale d'ajouter à la suite : « *pour certains, cette signification...marquerait...la propension des juridictions consulaires à régler, en interne, les problèmes disciplinaires mineurs, leurs présidents obtenant la démission du juge défaillant. Nous reconnaissons volontiers que nous tentons, lorsque cela est possible, d'agir ainsi dans la discrétion et l'efficacité, mais, sauf erreur, ces habitudes ne sont pas notre privilège et nous apparaissent être assez répandues dans nombre d'institutions ou de corps constitués* »¹⁴⁸¹. Une telle pratique n'était pas exempte de tout risque d'arbitraire. Un juge qui encourant un simple blâme, pouvait être contraint à la démission par le président du tribunal ou le ministre de la justice. A l'inverse, un juge passible de la déchéance, pouvait préférer démissionner de son mandat, afin de conserver la possibilité de se présenter aux prochaines élections consulaires. C'est pourquoi le Gouvernement a entendu mettre un terme à ce phénomène, en sanctionnant les démissions volontaires. L'ordonnance du 15 avril 2004 a introduit dans le droit positif, une nouvelle disposition prévoyant, que : « *Peut-être déclaré*

¹⁴⁸⁰ F. Colcombet (prés.), *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?*, rapport n° 1038 de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, Assemblée nationale, 2 juillet 1998.

¹⁴⁸¹ H.-J. Nougéin, *La justice commerciale au XXI^e siècle*, rapport à la Conférence générale des tribunaux de commerce, Assises nationales des tribunaux de commerce de Paris du 24 octobre 1997, Imprimerie Maulde et Renou, Spécial 100^e anniversaire, Paris, 1997, 24 p.

inéligible pour une période d'une durée de dix ans par la Commission nationale de discipline toute personne ayant présenté sa démission de juge d'un tribunal de commerce au cours de la procédure disciplinaire diligentée à son encontre »¹⁴⁸².

§ 2 . Une protection dépassée par des garanties d'autonomie

437. L'inamovibilité des magistrats du siège est une condition de « l'indépendance » de l'autorité judiciaire. Elle participe donc, pour reprendre la définition donnée par le Professeur Cornu, de la : « *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* »¹⁴⁸³. Il peut toutefois sembler contradictoire de voir dans l'inamovibilité précitée, la plus importante des garanties d'éviction, sachant que le principe auquel elle se rattache, se trouve supplanté par « l'autonomie ». Dans le souci de faire bénéficier certaines missions spécifiques d'une indépendance renforcée, le droit reconnaît effectivement l'existence d'institutions nationales : « *n'ayant pas une pleine indépendance vis-à-vis de l'Etat*¹⁴⁸⁴ dont (elles) font partie ou auquel (elles) sont rattaché(e)s, mais doté(e)s d'une certaine liberté interne de se gouverner ou de s'administrer (elles)-mêmes »¹⁴⁸⁵. C'est ainsi que les enseignants-chercheurs appartenant à l'institution universitaire pluriséculaire, bénéficient d'une inamovibilité de droit plus protectrice que celle des magistrats (A), tandis que les membres des nouveaux organes para-judictionnels, jouissent le plus souvent d'une véritable irrévocabilité de droit (B).

A . L'inamovibilité de droit au sein du système universitaire

438. A la question de savoir si les universitaires sont inamovibles, la doctrine a apporté des réponses convergentes dans leur sens, mais différentes dans leur essence. C'est ainsi qu'ils ont pu être regardés, depuis la fin du XIXe siècle,

¹⁴⁸² Cette disposition a initialement été introduite à l'article L. 413-3-2 du code de l'organisation judiciaire, par l'ordonnance n° 2004-328 du 15 avril 2004. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, elle figure à l'article L. 723-6 du code de commerce.

¹⁴⁸³ G. Cornu, *Indépendance*, *op. cit.*, 7^e éd., 2005, pp. 471-472.

¹⁴⁸⁴ Il est alors question de souveraineté : « *Situation d'une collectivité non subordonnée à une collectivité étrangère ; ne pas confondre avec la simple autonomie* ». Voir : G. Cornu, *Indépendance*, *in op. cit.*, 7^e éd., 2005, pp. 471-472.

¹⁴⁸⁵ G. Cornu, *Autonomie*, *in op. cit.*, 7^e éd., 2005, pp. 93-94.

comme bénéficiant : d'une « *quasi-inamovibilité* »¹⁴⁸⁶ ; d'une « *inamovibilité relative* »¹⁴⁸⁷ ; d'une « *inamovibilité de fait* »¹⁴⁸⁸ ; de « *l'inamovibilité* »¹⁴⁸⁹ ; de la « *garantie d'inamovibilité* » ; de « *l'inamovibilité réglementaire et coutumière* »¹⁴⁹⁰ ; ou encore, du « *principe d'inamovibilité* »¹⁴⁹¹. Dans l'ordre juridictionnel administratif, la cour administrative d'appel de Paris semble se prononcer, tantôt en faveur d'une « *règle d'inamovibilité* », tantôt pour une « *règle de l'inamovibilité* »¹⁴⁹². La diversité des solutions s'explique à la fois par le poids de l'histoire, et par l'absence de consécration expresse d'une telle protection. Mais pour s'en tenir à l'étude des textes, il semble toutefois possible de déduire des « *libertés et franchises* » personnelles, reconnues aux enseignants-chercheurs dans le cadre de l'autonomie universitaire, le passage d'une « *quasi-inamovibilité* » historique (1°), à une « *supra-inamovibilité* » actuelle (2°).

1°) L'inamovibilité partielle des enseignants-chercheurs avant 1968

439. Les années 1960 ont été marquées par l'émergence d'une opinion doctrinale particulièrement critique vis-à-vis de l'autonomie institutionnelle des universités. Il lui était plus précisément reproché de ne pas servir l'indépendance du « *corps professoral* », pourtant essentielle à l'exercice de ses missions d'enseignement et de recherche. C'est ainsi que le Recteur Marcel Bouchard, après avoir distingué « *deux sortes d'indépendance universitaire qui ne sont pas nécessairement liées l'une à l'autre, l'autonomie collective et la liberté individuelle* », retenait la seconde comme : « *celle qui compte avant tout* »¹⁴⁹³. Le Professeur Fromont opposait de la même façon, à propos du système allemand, la liberté individuelle qui « *est le principe essentiel* », à la liberté institutionnelle qui

¹⁴⁸⁶ L. Duguit, *Etudes de droit public...*, op. cit., p. 595 ; G. Amestoy, *Les universités françaises*, éd. Education et Gestion, Paris, 1968, p. 314.

¹⁴⁸⁷ A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 3, LGDJ, Paris, 1971, n° 380.

¹⁴⁸⁸ P.-M. Gaudemet, *L'autonomie des universités françaises*, RDP, n° 1, 1961, p. 34.

¹⁴⁸⁹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif...*, op. cit., 4^e éd., 1900-1901, p.594.

¹⁴⁹⁰ P. Lavigne, op. cit., p. 166.

¹⁴⁹¹ O. Beaud, *Note sur le projet de décret (oct. 2008) modifiant le décret du 6 juin 1984 « fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des Universités et du corps des maîtres de conférence »*, Qualité de la Science Française, 5 décembre 2008, p. 13.

¹⁴⁹² CAA Paris, arrêt du 15 novembre 2001, « *M. Poncheele* », Req. n° 98PA02921 ; CAA Paris, arrêt du 4 novembre 2004, « *M. Dominique Gontier* », Req. n° 99PA03461

¹⁴⁹³ M. Bouchard, *Les universités françaises*, Revue de l'enseignement supérieur, n° 3, 1960, pp. 32.

« *n'a qu'une valeur accessoire* »¹⁴⁹⁴. Le Professeur Pierre-Marie Gaudemet, enfin, se voulait encore plus explicite, en procédant à une comparaison avec l'ordre judiciaire. L'auteur estimait en ce sens, que : « *Pour assurer l'indépendance dans l'exercice d'une fonction, il n'est pas nécessaire de conférer au service qui l'assume de pouvoirs de gestion autonome. Il suffit de doter les agents qui l'exercent d'un statut approprié. C'est par l'inamovibilité des juges et non par la décentralisation des tribunaux qu'est garantie l'indépendance de la justice. Des techniques analogues assurent la liberté d'exercice des fonctions universitaires* »¹⁴⁹⁵. Pourtant, l'étude historique des « *libertés et franchises universitaires* » révèle une situation des enseignants-chercheurs au regard de l'inamovibilité, largement tributaire des grandeurs et vicissitudes de l'autonomie administrative. Il en est résulté au cours de l'histoire, une inamovibilité à éclipse, qui s'est traduite par le constat d'une garantie elliptique, à la veille de la loi « *Faure* » du 12 novembre 1968.

440. L'idée d'une autonomie des universités, est très ancienne. Le Professeur Gaudemet prenait d'ailleurs soin, malgré ses critiques, de souligner cette spécificité : « *Plus anciennes que les autres institutions autonomes, dont la plupart ne comptent que quelques décades, les Universités remontent au Moyen Âge. Elles préexistent à l'Etat moderne. Historiquement les pouvoirs des Universités ne leur ont pas été dévolus par l'Etat. Ils lui sont antérieurs. L'Etat s'est borné à les conserver* »¹⁴⁹⁶. Cette autonomie trouve concrètement son origine au XIII^e siècle, dans deux conflits successifs qui ont opposé les maîtres et écoliers de Paris, aux autorités séculière et ecclésiastique. Suite à de violents heurts avec la police prévôtale, les premiers se virent dans un premier temps octroyer une charte par Philippe-Auguste. Ce document délivré en 1200, les affranchissait à la fois de la police municipale et de la justice royale. Renforcés par ce succès, les maîtres et écoliers devaient dans une seconde période, contester les modalités de délivrance de la « *licencia docendi* » par le chancelier de l'évêché. Le litige ayant été porté devant le Saint-Siège, Innocent III limita le pouvoir de cette autorité en 1213, puis accorda deux ans plus tard, des statuts à la communauté éducative. Cette dernière fut alors constituée en : « *Universitas magistrorum et scholarium parisiensium* ». Erigée en véritable corporation, la nouvelle Université de Paris se présentait en conséquence, comme : « *une institution autonome, un corps privilégié sous la protection directe de la*

¹⁴⁹⁴ M. Fromont, *L'évolution du droit public allemand en 1968 : les réformes universitaires en Allemagne et leur constitutionnalité*, RDP, 1969, pp. 621-639.

¹⁴⁹⁵ P.-M. Gaudemet, *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 21.

papauté »¹⁴⁹⁷. Au cours des deux siècles suivants, d'autres universités vont apparaître, se formant « *librement, sans autorisation de l'autorité supérieure* ». L'intervention *a posteriori* de bulles pontificales, avait alors uniquement pour objet de confirmer l'existence des nouveaux établissements, de les organiser, ou de leur reconnaître des privilèges.

La faiblesse du contrôle institutionnel résultant de l'éloignement de la Papauté, va cependant être atténuée à partir du XVe siècle, du fait du renforcement du Pouvoir royal. Le Parlement de Paris, bientôt rejoint par les autres cours souveraines du royaume, a contribué significativement à cette évolution. Une ordonnance du 26 mars 1446 l'érigea en « *Tribunal suprême de l'Université* », et ainsi que cela ressort des recherches effectuées par la Faculté de droit de Douai, ce : « *pouvoir de juridiction du Parlement devint bientôt un pouvoir général en vertu duquel il élaborait les règlements imposés aux Universités par l'autorité royale, et exerçait une surveillance active sur elles* »¹⁴⁹⁸. Le roi s'est reconnu quant à lui, à titre personnel, non seulement le droit de créer de nouvelles universités, comme celle de Bourges en 1463, mais également celui de les contrôler, par l'intermédiaire des intendants¹⁴⁹⁹. Pour autant, il semble qu'en dépit de cet encadrement monarchique, les universités soient demeurées « *largement autonomes* », jusqu'à la Révolution française¹⁵⁰⁰. L'opposition parlementaire croissante à l'absolutisme royal, permet sans doute d'expliquer cette constance : en préservant l'autonomie universitaire des velléités de la Couronne, les juridictions souveraines confortaient indirectement leur propre position.

441. Cette situation originale s'est traduite sur le plan individuel, par la reconnaissance des certaines garanties d'éviction en faveur du personnel enseignant. Il s'est d'abord agi de protections d'ordre juridictionnel. En matière pénale, les universitaires ont ainsi bénéficié, pendant toute la durée de l'Ancienne Monarchie, d'un privilège de juridiction. La charte royale de 1200 avait déjà reconnu aux maîtres, le droit d'être jugés devant les seules juridictions ecclésiastiques. Suite à la « *grande dispersion* » de 1229, qui avait vu l'Université se mettre en grève et quitter Paris, après des violences commises par la police de Louis IX, cette compétence fut

¹⁴⁹⁷ F. Garrisson, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Les cours de droit, Paris, 1967-1968, p. 561.

¹⁴⁹⁸ Réponse de la Faculté de droit de Douai, *Enquêtes et documents relatifs à l'enseignement supérieur*, t. XVI, Imprimerie nationale, Paris, 1885, p. 204.

¹⁴⁹⁹ P.-M. Gaudemet, *op. cit.*, p. 21 ; F. Olivier-Martin, *L'organisation corporative de la France d'Ancien Régime*, Sirey, Paris, 1938, pp. 45-47.

¹⁵⁰⁰ B. Toulemonde, *Les libertés et franchises universitaires en France*, t. 1, L'auteur, Lille, 1971, p. 73.

pleinement confirmée par Grégoire IX, dans sa bulle « *Parens scientiarum* » de 1231. L'ordonnance du 26 mars 1446 devait cependant la remettre en cause, tout en maintenant un privilège de juridiction. Désormais, la juridiction répressive se trouvait confiée au Parlement de Paris. Le personnel enseignant a aussi bénéficié pendant cette période, sur le plan strictement disciplinaire, d'un privilège juridictionnel. En raison de leur nature corporatiste, le principe d'une justice par les pairs paraît s'être rapidement imposé dans les universités, à partir du XIII^e siècle. Le renforcement du Pouvoir royal au XV^e siècle, semble d'ailleurs avoir conduit le Parlement à connaître par voie d'appel, des décisions rendues par ces juridictions¹⁵⁰¹. Mais alors qu'elles étaient réputées bénéficier à l'ensemble des universitaires, ces garanties se sont révélées inadaptées. D'un côté, la juridiction répressive ne semblait pas disposer d'une compétence exclusive en matière disciplinaire. De l'autre, la juridiction universitaire paraissait uniquement disposer d'un pouvoir supplétif vis-à-vis du personnel enseignant. C'est ainsi que dans certaines « *universités doctorales* », nées au Moyen Âge, les autorités municipales ont pu s'attribuer légalement le droit « *d'instituer et de destituer ad nutum ceux qui donnaient l'enseignement* ». Ce régime a notamment prévalu jusqu'en 1723, au sein de l'université de Perpignan, date à laquelle y ont été créées les premières chaires.

C'est dans cette dernière institution, la chaire, que devait résider sous l'Ancienne Monarchie, la plus sûre des garanties d'éviction. Celle-ci serait apparue au XIV^e siècle, avec la Faculté de Décret de Paris et le développement des « *universités professorales* ». Par opposition aux « *universités doctorales* » précitées, elles étaient composées de « *docteurs régents* », c'est à dire de docteurs chargés d'un enseignement ordinaire, institué dans une université et pourvu d'une dotation perpétuelle, et à ce titre nommés à vie et inamovibles. Afin d'assurer la stabilité de son titulaire, la chaire reprenait plus précisément les deux caractéristiques du bénéfice ecclésiastique. La « *perpetuitas obiectiva* » impliquait, d'une part, que la dotation assurant la subsistance du bénéficiaire soit perpétuellement attachée à l'office. La « *perpetuitas subiectiva* » supposait, d'autre part, que le bénéficiaire jouisse de son office jusqu'à sa mort, à moins : « *qu'il ne soit destitué par sentence de justice ou qu'il ne résigne de plein gré, sa vie durant* ». L'inamovibilité constituait dès lors un élément de la « *perpetuitas subiectiva* ». Ses bénéficiaires disposaient non seulement d'une protection juridictionnelle en matière disciplinaire, mais également d'une garantie de résidence contre les mutations d'office d'une université vers une autre. Ils se trouvaient même préservés des risques liés aux suppressions d'emploi. A titre

¹⁵⁰¹ S. d'Irsay, *Histoire des universités françaises et étrangères des origines à nos jours*, éd. Auguste Picard, Paris, 1933, p. 207 ; J. Dauvillier, *La notion de Chaire Professorale dans les universités, depuis le Moyen Age jusqu'à nos jours*, Annales de la Faculté de droit de Toulouse, t. VII, fasc. 2, Université de Toulouse, 1959, p. 289.

d'illustration, lorsque l'université de Cahors fut supprimée en 1751, les « *docteurs régents* » conservèrent leurs émoluments jusqu'à leur mort. Les professeurs de la Faculté de droit avaient pourtant refusé de rejoindre en qualité de « *docteurs agrégés* », l'université de Toulouse à laquelle leur établissement avait été rattaché. En dépit de sa proximité avec les bénéfices ecclésiastiques et les offices royaux, la chaire devait toutefois s'en distinguer sur le plan de la patrimonialité. La « *resignatio in favorem* » et la vénalité des chaires furent toujours interdits, conduisant même le Parlement de Paris à intervenir pour proscrire l'émergence de telle pratiques¹⁵⁰². L'institution de la chaire a progressivement été étendue au-delà des « *universités professorales* », sans pour autant remettre en cause l'existence des « *simples docteurs* » ou « *docteurs formés* ». D'ailleurs, si ceux-ci continuaient à caractériser les « *universités doctorales* », ils furent bientôt admis à assurer des « *enseignements extraordinaires* » dans les précédentes. Mais le nombre insuffisant de chaires a entraîné la création des « *docteurs agrégés* », par un arrêt du Conseil du roi, en date du 23 mars 1680. Cette nouvelle catégorie, située à mi-chemin entre les « *docteurs formés* » et les « *docteurs régents* », occupait une « *place* ». Inamovibles et nommés à vie dans une faculté de droit déterminée, ils étaient chargés du service des examens, et de suppléer l'enseignement des professeurs empêchés, absents ou décédés¹⁵⁰³.

442. Considérées à juste titre comme des corporations pendant toute la durée de l'Ancienne Monarchie, les universités furent logiquement et clairement condamnées lors de la nuit du 4 août 1789. Sous la Révolution, la loi du 15 septembre 1793 va plus loin en prévoyant que : « *Les collèges de plein exercice, les Facultés de théologie, de médecine, des arts et de droits sont supprimées sur toute la surface de la République* ». Dans ces conditions, il faut attendre l'avènement de l'Empire, avec la loi du 10 mai 1806, pour assister au rétablissement du système universitaire. Les vingt-quatre universités d'Ancien Régime, laissent toutefois place à une institution unique et monopolistique : l'Université impériale. Il ne s'agissait pas d'une corporation réglementée, mais d'une administration de l'Etat placée sous la direction d'un « *Grand-Maître, ... nommé et révocable* » par l'Empereur. Pourtant, soucieux d'en asseoir le prestige, Napoléon I^{er} devait lui reconnaître une certaine indépendance, au point que sous son règne : « *L'autonomie de l'Université Impériale était si réelle qu'elle permit au Grand Maître Fontanes, plus soucieux de servir l'Eglise que l'Empire, d'y laisser pénétrer l'esprit d'opposition* »¹⁵⁰⁴. Cette

¹⁵⁰² Il est possible de citer en ce sens, un arrêt du 8 août 1626 : « *...a fait très expresses inhibitions et défenses aux professeurs du Roi de vendre leurs chaires, d'en traiter, ni de composer, en quelque faon et manière que ce soit* ». Voir : J. Dauvillier, *op. cit.*, p. 290.

¹⁵⁰³ J. Dauvillier, *op. cit.*, p. 296-297.

¹⁵⁰⁴ P.-M. Gaudemet, *op. cit.*, p. 24.

indépendance devait se retrouver à l'échelon individuel, avec le rétablissement des chaires. Si la « *perpetuitas subiectiva* » n'était pas expressément affirmée, elle ressortait de la conjonction de deux textes. L'article 14 du décret du 21 septembre 1804 disposait, d'une part, que : « *Les professeurs (des facultés) seront nommés à vie* »¹⁵⁰⁵. Le décret du 15 novembre 1811 organisait, d'autre part, un régime disciplinaire sous l'intitulé évocateur : « *De la discipline et Juridiction de l'université* »¹⁵⁰⁶. Cette garantie juridictionnelle bénéficiait en réalité, non seulement aux professeurs des facultés titulaires d'une chaire, mais également aux autres membres du corps universitaire. Le « *Grand-Maître* » pouvait décider par « *ordonnance* » les sanctions les plus faibles, depuis les arrêts, jusqu'à la suspension des fonctions avec privation de traitement. En revanche, seul le Conseil de l'Université pouvait prononcer par « *jugement* », les mesures les plus graves, telles que la réforme ou la radiation¹⁵⁰⁷. La jouissance de cette seconde règle, ne permettait cependant pas d'en déduire, l'inamovibilité de tous les membres de l'Université. En effet, si la garantie juridictionnelle bénéficiait à tous, il en allait différemment de la garantie de résidence. L'article 56 du décret de 1808, accordait au « *Grand-Maître* », le pouvoir de : « *faire passer d'une académie dans une autre, les régents...des collèges..., ainsi que les...professeurs des lycées, en prenant l'avis de trois membres du conseil* ». Dans ces conditions, comme a pu le souligner le Conseiller Merville en 1885 : « *il était (alors) juste de tenir pour entièrement inamovibles (les seuls membres) de l'enseignement supérieur* »¹⁵⁰⁸.

Le demi-siècle suivant, compris entre la chute du Premier Empire et l'avènement de la III^{ème} République, va être marqué par un net recul de l'autonomie universitaire. Une ordonnance du 26 août 1824, prise sous la Restauration, vint placer le « *Grand-Maître* » à la tête d'un département ministériel, révélant une politisation de la fonction. Dans les débuts de la Monarchie de Juillet, en 1832, la

¹⁵⁰⁵ Décret impérial du 21 septembre 1804, concernant l'organisation des écoles de droit. Voir : *Recueil des lois et règlements concernant l'instruction publique, depuis l'édit de Henri IV, en 1598, jusqu'à ce jour*, t. 3, Chez Bruno Labbé, Paris, 1814. Mais si ce texte visait uniquement les professeurs des Facultés de droit, une note de bas de page du code universitaire, devait par la suite indiquer, que : « *Ce principe d'inamovibilité, sauf délit et jugement, est commun à tous les professeurs de toutes les facultés* ». Voir : A. Rendu, *Code universitaire ou lois, statuts et règlements de l'université de France*, Librairie L. Hachette, Paris, 2^e éd., 1835, p. 46.

¹⁵⁰⁶ Chapitre II du décret impérial du 15 novembre 1811, concernant le régime de l'université. Plus précisément, ce texte venait modifier le décret impérial du 17 mars 1808, portant organisation de l'université. Voir : *Recueil des lois et règlements concernant l'instruction publique depuis l'édit d'Henri IV, en 1598, jusqu'à ce jour*, t. 4, Bruno-Labbe, Paris, 1814.

¹⁵⁰⁷ Art. 47, 57 et 79 du décret du 17 mars 1808, et articles 44 et 128 du décret du 15 novembre 1811.

¹⁵⁰⁸ Rapport sur : C.Cass., arrêt du 13 mai 1885, « *Metay c/Faure et les électeurs de Bergerac* », Dalloz, 85.I.313.

gestion ministérielle de l'instruction publique est définitivement dissociée de celle des affaires ecclésiastiques, entraînant une rupture entre l'Université et l'Eglise. La loi « Falloux » du 15 mars 1850, remplace enfin l'institution unique et monopolistique de l'Université, par une structure décentralisée, dans laquelle les facultés : « *Isolées les unes des autres, sans liens organiques entre elles, ...manquent de moyens pour résister à l'arbitraire du pouvoir central* »¹⁵⁰⁹. Cette évolution s'est traduite sur le plan individuel, par la neutralisation de l'inamovibilité des membres de l'enseignement supérieur, y compris des titulaires d'une chaire. C'est ainsi, que onze professeurs issus de la Faculté de médecine de Paris, supprimée par l'ordonnance du 21 novembre 1822, ne furent pas repris dans le nouvel établissement créé par l'ordonnance du 2 février 1823. L'inamovibilité cessait dès lors de constituer une protection contre les suppressions d'emploi. L'atteinte la plus grave devait toutefois résulter du décret du 9 mars 1852, resté en vigueur jusqu'en 1873. Son article 1^{er} prévoyait que : « *Le Président de la République [l'Empereur], sur la proposition du ministre de l'instruction publique, nomme et révoque...les professeurs des facultés, du collège de France...* ». De la même façon, son article 3 confiait au ministre le pouvoir de prononcer des « *peines* » de moindre importance, telles que la mutation, ou la suspension « *avec ou sans privation totale et partielle de traitement* ». Comble de l'hypocrisie, alors que l'inamovibilité avait été vidée de son contenu, une circulaire du 12 mars 1852 sous-entendait qu'elle avait été maintenue : « *on ne pourra plus regretter que l'Etat ne puisse pas gouverner l'Université assez fortement...L'inamovibilité n'est acquise qu'au fonctionnaire irréprochable et dévoué, à quelque degré de la hiérarchie qu'il se trouve* ». La mise en œuvre de ce décret fut immédiate, et des personnalités comme Guizot, Victor Cousin, Michelet, Edgard Quinet, ou encore Jules Simon, furent évincées de leur chaire, « *pour avoir donné un enseignement de nature à troubler la paix publique* »¹⁵¹⁰.

443. La III^{ème} République, d'inspiration libérale et soucieuse de se démarquer du régime précédent, a favorisé le rétablissement de l'autonomie universitaire. La loi du 28 avril 1893 a prévu à cette fin, la réunion des facultés d'une même circonscription, au sein d'universités locales, ainsi que l'attribution de pouvoirs administratifs, financiers et juridictionnels. Mais au-delà des textes, cette autonomie a essentiellement bénéficié de la résurgence d'anciennes traditions, complétées par la formation de nouveaux usages. Secrétés par l'Université et acceptés par le Pouvoir, ceux-ci ont façonné le régime universitaire pendant près d'un siècle, jusqu'à la loi du 12 novembre 1968¹⁵¹¹. Dans ce cadre, les règles

¹⁵⁰⁹ P.-M. Gaudemet, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵¹⁰ P.-M. Gaudemet, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵¹¹ B. Toulemonde, *op. cit.*, t. 1, pp. 19-20, 32-33, et 48-52.

attachées à l'inamovibilité ont été progressivement réaffirmées, en faveur des membres de l'enseignement supérieur. La loi du 19 mars 1873 rétablissait ainsi la garantie juridictionnelle, pour les mesures d'éviction les plus graves [garantie juridictionnelle]. Un professeur, pouvait uniquement être révoqué par le conseil académique de sa circonscription, sous réserve d'un recours devant le Conseil supérieur de l'instruction publique. Le retrait d'emploi, était en revanche prononcé par le ministre compétent, sur avis conforme du Conseil supérieur. Enfin, le ministre restait compétent pour prendre des mesures de moindre importance, telles que la censure, la réprimande, ou la suspension. La loi du 27 février 1880, adoptée un an après la démission du Maréchal de Mac-Mahon, entérinait cette évolution. En vertu de ses articles 7 et 11, la compétence disciplinaire était désormais confiée dans son intégralité aux conseils académiques. Leurs jugements étaient susceptibles d'appel devant le Conseil supérieur de l'instruction publique. Ce dernier devait alors se prononcer à la majorité des deux tiers des suffrages, pour les sanctions les plus graves, telles que la révocation, le retrait d'emploi, « *la suspension...ou...la mutation pour emploi inférieur des professeurs titulaires de l'enseignement public supérieur* ». Le ministre conservait dès lors une compétence subsidiaire, bien que non négligeable. L'article 13 l'autorisait à prononcer la réprimande, devant le conseil académique, et la censure devant le Conseil supérieur, ses décisions n'étant « *susceptibles d'aucun recours* ». L'article 15 lui permettait par ailleurs de décider la suspension pour un temps n'excédant pas un an, sans privation de traitement. Les autres mesures de suspension relevaient à l'inverse, du fait de leur gravité, de la seule compétence des conseils académiques et du Conseil supérieur.

Le régime issu de la loi du 27 février 1880, globalement favorable aux membres de l'enseignement supérieur, l'était cependant moins en matière de mutation [garanties de résidence et de l'emploi]. Par dérogation aux articles 7 et 11, son article 14 confiait au ministre le droit de muter un professeur dans un emploi inférieur, sur l'avis conforme du Conseil supérieur. Pourtant, une telle mesure était assimilable à une sanction, nécessitant *a priori* l'intervention d'une juridiction. La loi demeurait en outre silencieuse, s'agissant des mutations dans un emploi équivalent ou supérieur. Mais à l'occasion de l'examen de cette question devant le Sénat, le rapporteur Barthélemy Saint-Hilaire avait clairement évoqué la liberté du ministre : « *...nous ne voulons pas enlever la possibilité de déplacer un professeur qui, sans avoir enfreint la discipline en quoi que ce soit, ne pourrait rester sans quelque dommage, et par suite de circonstances particulières, dans la localité où, jusque-là, il aurait enseigné même avec succès. Le ministre doit toujours être libre, sous sa responsabilité, de prendre ces décisions pénibles, quand le bien du service lui semble*

réclamer une mesure sévère ». La Chambre civile de la Cour de cassation ayant été saisie cinq ans plus tard, d'un litige portant sur cette ce problème, devait faire sienne l'interprétation sénatoriale. Dans son rapport sur l'arrêt « *Sieur Faure* », du 13 mai 1885, le Conseiller Merville expliquait cette solution par le maintien du décret du 9 mars 1852 : « *Il ne faut pas oublier...que le décret de 1852, en donnant au ministre le droit de révocation, lui conférait virtuellement le droit de déplacement, car, qui peut le plus peut le moins...Or, les lois de 1873 et de 1880 ont bien enlevé au ministre le droit d'opérer des mutations pour un emploi inférieur, mais ce sont les seules dont elles parlent ; les autres sont restées à sa disposition* ». Le magistrat concluait donc en mentionnant une : « *inamovibilité, ...déjà fort précieuse, (mais) incomplète* »¹⁵¹². Cette lacune, susceptible d'entraîner un risque d'arbitraire, a partiellement été comblée par le décret du 28 décembre 1885. Son article 34 plaçait les professeurs titulaires dans une position comparable à celles des magistrats du siège, en subordonnant le déplacement d'office dans un emploi équivalent, à leur audition préalable, et à l'avis conforme de la section permanente du Conseil supérieur. Cette garantie de résidence fut par la suite étendue, aux professeurs titulaires à titre personnel, dont l'institution avait été nouvellement créée par le décret du 1^{er} août 1931. En revanche, les agrégés des facultés de droit apparus en 1855, et les maîtres de conférence institués en 1877, sont restés régis par l'article 11 du décret du 22 août 1854, les plaçant : « *à la disposition du ministre, qui peut les attacher temporairement aux diverses Facultés du même ordre, selon les besoins du service* »¹⁵¹³.

444. Les personnels de l'enseignement supérieur devaient ainsi bénéficier jusqu'à la seconde décennie de la V^{ème} République, d'une « *quasi-inamovibilité* ». Sur le plan des sanctions disciplinaires, seules les mesures d'éviction les plus graves relevaient de la compétence d'une juridiction. Mais le droit de mutation dans un emploi inférieur, bien que contestable au regard de l'inamovibilité juridictionnelle, était soumis à l'avis conforme d'une autorité indépendante du Pouvoir politique. Concernant les affectations administratives, la mutation dans un emploi équivalent ou supérieur, n'était pas conditionnée par la règle du consentement préalable. La mutation des professeurs titulaires, ne pouvait cependant intervenir que sur l'avis conforme de l'autorité précitée. Ce faisant, l'interprétation des textes et de la jurisprudence donnée en 1902, par Léon Ducom, dans sa thèse consacrée à *L'inamovibilité des magistrats*, apparaît ainsi partiellement exacte. S'il est vrai que les professeurs bénéficiaient alors, d'une garantie de résidence comparable à celle

¹⁵¹² C. cass. Civ., arrêt du 13 mai 1885, « *Sieur Faure* », Dalloz 1885-I-314.

¹⁵¹³ B. Toulemonde, *op. cit.*, t. 2, p. 534.

des magistrats du siège de la III^{ème} République, ils jouissaient toutefois d'une moindre protection, en matière disciplinaire¹⁵¹⁴.

2°) L'inamovibilité renforcée des enseignants-chercheurs après 1958

445. La transition vers un droit positif des « *libertés et franchises* » universitaires, trouve sa cause sociologique dans les événements de « *Mai 1968* ». La survenance de ces derniers marque effectivement une nouvelle étape de l'autonomie universitaire. Pour la première fois depuis près de huit siècles, le terme d'« *autonomie* » est expressément consacré par les textes, avec la loi « *Edgar Faure* » du 12 novembre 1968¹⁵¹⁵. Les universités deviennent alors des « *établissements publics à caractère scientifique et culturel* » (EPCSC), constitués d'« *unités d'enseignement et de recherche* » (UER) dépourvues de la personnalité morale. Ce premier texte a été complété par la suite, toujours dans le sens d'un renforcement de l'autonomie institutionnelle, par la loi « *Savary* » du 26 janvier 1984¹⁵¹⁶, et la loi du 10 août 2007 relative aux « *libertés et responsabilités des universités* »¹⁵¹⁷. C'est aussi la première fois depuis 1791, que cet état juridique acquiert une valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel ayant été saisi de la loi « *Savary* », à l'occasion de sa décision « *Libertés universitaires* » du 20 janvier 1984, celui-ci a effectivement reconnu implicitement, mais nécessairement ce principe¹⁵¹⁸. Dans leur commentaire de cette jurisprudence, les auteurs des « *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* », l'ont d'ailleurs envisagé comme : « *le pendant de celle du 22 juillet 1980 : après la consécration de l'indépendance des juridictions (administratives et judiciaires) le juge constitutionnel affirme le*

¹⁵¹⁴ Critiquant l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1885, l'auteur écrivait au terme d'une compréhension erronée de celui-ci : « *Si la Cour de cassation juge que les professeurs de l'enseignement supérieur ne sont pas inamovibles, et par conséquent n'ont pas un droit sur la fonction, la même solution doit être admise pour les magistrats assis, qui ont moins de garanties* ». Voir : L. Ducom, *op. cit.*, pp. 140-141.

¹⁵¹⁵ Loi n° 68-978 du 12 novembre 1968, d'orientation de l'enseignement supérieur, JO du 13 novembre 1968, p. 10581. Trois intitulés, contiennent le mot « *autonomie* » : Titre III – « *Autonomie administrative et participation* » ; Titre IV – « *Autonomie pédagogique et participation* » ; Titre V – « *Autonomie financière* ».

¹⁵¹⁶ Loi n° 84-52 du 26 janvier 1984, sur l'enseignement supérieur, JO du 27 janvier 1984, p. 431. Ce texte a transformé les EPCSC en « *établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* » (EPSCP), et les UER en « *unités de formation et de recherche* » (UFR).

¹⁵¹⁷ Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007, relative aux libertés et responsabilités des universités, JO n° 185 du 11 août 2007, p. 13468, texte n° 2.

¹⁵¹⁸ CC, décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, dite « *Libertés universitaires* », cons. 10. Le Conseil constitutionnel a statué ultérieurement, dans le même sens : CC, décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, cons. 7.

caractère constitutionnel de l'indépendance de l'enseignement et de la recherche universitaires »¹⁵¹⁹.

A cette autonomie institutionnelle, répond comme par le passé, une indépendance individuelle du personnel enseignant. Le législateur a entendu consacrer celle-ci dès 1968, au moyen d'une formule constamment réaffirmée depuis lors : « *Les enseignants-chercheurs...jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité* »¹⁵²⁰. Le Conseil constitutionnel, amené à statuer sur cette disposition, à l'occasion de sa décision précitée du 20 janvier 1984, est à son tour venu affirmer la valeur constitutionnelle de ce principe. L'Hôte de la rue de Montpensier est même allé plus loin, s'agissant des professeurs d'université, faisant découler leur indépendance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁵²¹. Ainsi, la suppression du système de la chaire, par la loi du 12 novembre 1968, ne s'est pas traduite par une régression des libertés universitaires. L'article 33 alinéa 1^{er} de ce texte s'est d'ailleurs voulu rassurant à cet égard, en prévoyant que : « *Les dispositions actuellement en vigueur quant à la distribution des enseignements sous la forme de chaires personnellement attribuées à des professeurs sont abrogées, sans qu'il en résulte aucune autre modification dans le statut de ces personnels ni quand aux droits et aux garanties dont ils bénéficient* ». Bien au contraire, la législation s'est efforcée de niveler vers le haut, la situation statutaire des principales catégories d'enseignants-chercheurs, tels que les professeurs d'université, les maîtres de conférences, et les maîtres assistants¹⁵²². Ceux-ci ont progressivement acquis, malgré le silence persistant des textes, une inamovibilité dont le contenu apparaît au final, autrement plus protecteur que celui de la garantie reconnue aux magistrats du siège.

446. La première des garanties, révélatrice d'une inamovibilité des enseignants-chercheurs, réside dans une discipline juridictionnalisée [garantie

¹⁵¹⁹ L. Favoreu, L. Philip (dir.), commentaire de la décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, dite « *Libertés universitaires* », in « *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* », Dalloz, Grands arrêts, Paris, 13^e éd., 2005, p. 552.

¹⁵²⁰ Article 68 de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968, article 57 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984, et article L. 952-2 du code de l'éducation.

¹⁵²¹ CC, décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, dite « *Libertés universitaires* », cons. 19-20, Rec. p. 30.

¹⁵²² Le corps des maîtres assistants a été mis en extinction par le décret n° 84-431 du 6 juin 1984. Son article 59 a toutefois prévu la possibilité pour ceux-ci, d'être : « *intégrés sur leur demande, dans le corps des maîtres de conférence* ».

juridictionnelle]. En effet, comme le soulignait André de Laubadère en 1975 : « *Pour certains fonctionnaires, l'organisme qui joue le rôle de conseil de discipline constitue une véritable juridiction disciplinaire...Les fonctionnaires qui bénéficient de cette garantie sont dits inamovibles. Il en est ainsi pour les membres de l'enseignement supérieur* »¹⁵²³. Cette protection exorbitante du droit commun de la fonction publique, inscrite au rang des « *franchises universitaires* » par la loi du 12 novembre 1968, est expressément prévue par les textes actuels. L'article L. 712-4 du code de l'éducation dispose en ce sens, que le pouvoir disciplinaire à l'égard des enseignants-chercheurs : « *est exercé en premier ressort par le conseil d'administration de l'établissement constitué en section disciplinaire* ». Au terme de l'article L. 952-7 du même code, celle-ci statue « *en matière juridictionnelle* », et l'article L. 232-2 la qualifie de « *juridiction disciplinaire* ». Il existe ici une différence appréciable, avec la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature, compétente à l'égard des magistrats du siège, et dont le caractère juridictionnel résulte de la seule jurisprudence administrative¹⁵²⁴. De la même façon, les enseignants-chercheurs bénéficient dans ce domaine, de la protection attachée au double degré de juridiction. L'article L. 232-2 précité, prévoit que le « *Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche statue en appel et en dernier ressort* », sur les décisions rendues en première instance. Enfin, ces juridictions universitaires ayant le caractère de juridictions administratives spécialisées, au sens de la jurisprudence administrative, les décisions du Conseil national peuvent être déférées devant le Conseil d'Etat, par la voie de la cassation¹⁵²⁵.

La protection juridictionnelle ainsi reconnue aux enseignants-chercheurs, tend à s'aligner, sinon à prévaloir sur celle des magistrats du siège. La loi du 12 novembre 1968 a de prime abord, permis de combler certaines lacunes, concernant le champ d'application de cette garantie. Sous le régime de la loi du 27 février 1880, le ministre de l'instruction publique conservait le droit de prononcer les sanctions de moindre importance, mais également la mutation pour un emploi inférieur, sur avis conforme du Conseil supérieur. La juridiction disciplinaire bénéficie désormais d'une compétence exclusive pour prendre toutes les sanctions, depuis le blâme jusqu'à la révocation. Dans le même sens, la compétence *ratione personae* de la juridiction universitaire restait très imprécise sous l'empire de la loi de 1880. Si les professeurs en relevaient expressément, le Professeur Toulemonde a estimé qu'il en

¹⁵²³ A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 2, LGDJ, Paris, 1975, n° 177.

¹⁵²⁴ Cf. Partie I, titre II de la thèse.

¹⁵²⁵ Sur ce point, voir notamment : R. Chapus, *Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse dans la jurisprudence administrative*, in R. Chapus, *L'administration et son juge*, PUF, Doctrine juridique, 1^{ère} éd., 1999, pp. 244-281 ; V. Silvera, *La fonction publique et ses problèmes actuels*, Ed. de l'Actualité juridique, Paris, 2^e éd., 1976, pp. 369-373.

allait différemment des autres enseignants. La plupart d'entre eux y furent soumis dans la pratique, tandis que les assistants semblaient en être exclus¹⁵²⁶. La loi de 1968 et la législation postérieure ont levé cette incertitude, en visant plus largement les « *enseignants-chercheurs* » et les « *enseignants* ». En second lieu, le législateur et le Conseil constitutionnel ont rendu cette garantie juridictionnelle, plus protectrice que celle reconnue aux magistrats assis. La structure de la juridiction disciplinaire est gouvernée, par le droit des enseignants-chercheurs « *à une représentation propre et authentique* ». Affirmé par l'article 38 de la loi du 12 novembre 1968, puis par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 janvier 1984, ce principe implique deux conséquences. Un universitaire peut uniquement être jugé par ses pairs, c'est à dire par une formation comprenant des « *membres d'un rang égal ou supérieur* » au sien¹⁵²⁷. Dans ces conditions, un professeur est toujours jugé par des professeurs, et les autres enseignants-chercheurs par des enseignants-chercheurs. La formation disciplinaire ne peut ensuite comporter que des membres : « *élus par les représentants élus des enseignants-chercheurs et enseignants répartis dans leurs collèges électoraux respectifs* »¹⁵²⁸. L'objet de cette garantie démocratique, est de permettre aux différentes catégories d'universitaires, de : « *compter (parmi leurs juges) des représentants émanant de leur propre vote* ».

447. Le second élément permettant la reconnaissance d'une inamovibilité des enseignants-chercheurs, consiste dans une garantie contre les affectations d'office [garantie de résidence]. Ces dernières sont susceptibles d'être rangées, d'après le droit commun de la fonction publique, en deux catégories : le déplacement d'office, prononcé par l'autorité disciplinaire, à titre de sanction ; et la mutation d'office, décidée par l'autorité hiérarchique, dans l'intérêt du service. La première mesure n'est *a priori* pas contraire à l'inamovibilité, dès lors qu'elle émane d'une juridiction compétente, dans les formes et conditions prévues par les textes. Tel est le cas en droit positif, pour les magistrats du siège de l'ordre judiciaire, et tel fut en partie le cas pour les professeurs, sous la loi du 27 février 1880. Ses articles 7 et 11 prévoyaient effectivement, la compétence de la juridiction disciplinaire, pour la mutation dans un emploi inférieur. Cependant, aspect critiquable vis-à-vis de l'inamovibilité, son article 14 attribuait le même pouvoir au ministre de l'instruction

¹⁵²⁶ B. Toulemonde, *op. cit.*, t. 2, p. 505.

¹⁵²⁷ Article 38 alinéa 3 de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 ; article L. 952-7 alinéa 1^{er} du code de l'éducation (sections disciplinaires des EPSCP) ; article L. 232-3 alinéa 2 du code de l'éducation (Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche) ; CC, décision n°83-165 DC du 20 janvier 1984, dite « *Libertés universitaires* », cons. 25 ; CE, arrêt du 22 mars 2000, « *M. Ménard* », Req. n° 195638 et 195629.

¹⁵²⁸ Article 38 alinéa 2 de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 ; article L. 952-7 alinéa 1^{er} du code de l'éducation (sections disciplinaires des EPSCP) ; CC, décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, dite « *Libertés universitaires* », *op. cit.*.

publique, sur avis conforme du Conseil supérieur. Le décret du 24 mars 1971, pris pour l'application de la loi du 12 novembre 1968, a finalement résolu cette difficulté de manière inattendue, en retirant le déplacement d'office de l'échelle de sanctions¹⁵²⁹. La seconde mesure est à l'inverse présumée contraire à l'inamovibilité, faute de respecter la règle du consentement préalable. Une antinomie existe entre la mutation d'office et la formule consacrée par l'article 4 alinéa 2 du Statut des magistrats, suivant laquelle : « ...le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle même en avancement ». C'est ainsi que l'article 34 du décret 28 décembre 1885, subordonnant le déplacement d'office d'un professeur titulaire, à son audition préalable et à l'avis conforme du Conseil supérieur, ne respectait pas exactement cette garantie. Or, selon Bernard Toulemonde, cette disposition n'a pas été abrogée par la loi du 12 novembre 1968. Dans ce contexte, le ministre de l'instruction publique conservait potentiellement, dix ans après l'avènement de la V^{ème} République, le droit de changer un professeur d'affectation. Mais sous le régime de la nouvelle législation, un tel pouvoir pouvait sembler proprement exorbitant. Si la faculté avait constitué jusqu'alors, le critère de l'affectation des enseignants-chercheurs, celle-ci se voyait substituer l'institution plus large, de l'établissement public à caractère scientifique et culturel (EPCSC)¹⁵³⁰.

Cette entorse à l'inamovibilité dite « de résidence » a néanmoins été rapidement neutralisée. La procédure prévue par le décret de 1885, aurait rarement trouvé à s'appliquer dans les faits, en ce sens que la condition d'une audition préalable, se serait muée en l'exigence d'un consentement préalable. C'est notamment en ce sens, qu'il convient de comprendre l'idée d'une « inamovibilité de fait » des professeurs, développée par certains auteurs dans les années 1960. Elle aurait d'ailleurs, par la suite, progressivement été étendue au reste du personnel enseignant¹⁵³¹. L'article 61 de la loi du 17 juillet 1978, semble toutefois avoir remédié à cette contradiction, entre le droit et la pratique. Selon l'interprétation donnée par le Professeur Lavigne, les transferts d'emplois d'un établissement vers un autre ne pourraient être opérés à la faveur de cette disposition, que : « sous réserve de

¹⁵²⁹ Article 45 du décret n° 71-216 du 24 février 1971 pris pour l'application de l'article 38 de la loi du 12 novembre 1968 et relatif à la juridiction disciplinaire exercée par les conseils des universités et des établissements publics à caractère scientifique et culturel indépendants des universités, JO du 25 mars 1971, p. 2822.

¹⁵³⁰ Article 31 de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 : « Les personnels affectés par l'Etat aux universités et aux établissements qui leurs sont rattachés... ». Voir les développements consacrés sur ce sujet, in B. Toulemonde, *op. cit.*, t. 2, pp. 529-533.

¹⁵³¹ B. Toulemonde, *op. cit.*, t. 2, pp. 534-536.

l'accord des personnels intéressés »¹⁵³². La règle du consentement préalable jouirait en conséquence d'un fondement textuel. Cependant, le pouvoir réglementaire a franchi une étape supplémentaire avec le décret du 6 juin 1984 relatif au statut des enseignants-chercheurs de l'enseignement supérieur, en prévoyant que ceux-ci : « *ne peuvent être mutés que sur leur demande* »¹⁵³³. Cette garantie, apparemment inspirée des anciennes dispositions régissant les permutations de chaires, se révèle beaucoup plus protectrice que l'exigence du consentement préalable. L'initiative de la mutation appartient désormais à l'enseignant-chercheur, et non plus à l'autorité hiérarchique après consentement de l'intéressé, comme c'est aujourd'hui le cas pour les magistrats du siège de l'ordre judiciaire.

Or, ce privilège, proprement exorbitant par rapport l'inamovibilité traditionnelle, se double d'une garantie liée à l'autonomie institutionnelle des universités. Sous réserve de la première affectation des professeurs, recrutés par le concours national d'agrégation d'enseignement supérieur, la mutation des enseignants-chercheurs est subordonnée à l'autorisation de l'établissement d'accueil. L'article L. 952-6-1 du code de l'éducation, prévoit que le conseil d'administration : « *siégeant en formation restreinte aux enseignants-chercheurs et personnels assimilés de rang au moins égal à celui postulé, transmet au ministre compétent le nom du candidat dont il propose la nomination ou une liste de candidats classés par ordre de préférence* ». La proposition du conseil d'administration, est-elle même conditionnée par « *l'avis motivé* » d'un comité de sélection spécialement créé, et « *l'absence d'avis défavorable* » du président de l'établissement¹⁵³⁴. Le pouvoir de l'université se trouve encore amplifié, s'agissant des professeurs et des maîtres de conférences, qui ne justifient pas de : « *trois ans de fonctions d'enseignant-chercheur*

¹⁵³² P. Lavigne, *op. cit.*, p. 167. L'article 61 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1968, avait complété l'article 27 de la loi du 12 novembre 1968, par un quatrième alinéa au terme duquel : « *La dotations en emplois de ces établissements peut être modifiée pour l'année universitaire suivante...sous réserve de l'accord des personnels intéressés* », JO du 18 juillet 1978, p. 2851. Cette disposition a été reprise à l'article L. 719-6 du code de l'éducation.

¹⁵³³ Article 4 du décret n° 84-431 du 6 juin 1984, relatif au statut des enseignants-chercheurs de l'enseignement supérieur, JO du 8 juin 1984, p. 1784. Depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2009-460 du 23 avril 2009, cette disposition figure à l'article 2 *in fine*, JO du 25 avril 2009, p. 7137.

¹⁵³⁴ Article L.952-6-1 du code de l'éducation, introduit par la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007, relative aux libertés et responsabilités des universités. Le droit de *veto* du président de l'établissement, est plus précisément prévu par l'article L. 712-2, 4° alinéa 2 du même code. L'organisation et le fonctionnement du comité de sélection, sont déterminés par les articles 9 à 9-2 du décret n° 84-431 du 6 juin 1984, suite à sa modification par le décret n° 2008-333 du 10 avril 2008, JO du 12 avril 2008, p. 6138. Il convient de souligner que le Conseil constitutionnel a récemment jugé que ce pouvoir de *veto* n'était pas contraire au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs, sous réserve que : « *le président de l'université ne fonde pas son appréciation sur des motifs étrangers à l'administration de l'université et, en particulier, sur la qualification scientifique des candidats retenus à l'issue de la procédure de sélection* ». Voir : CC, décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, « *M. Jean C. et autres* [Loi Université] », cons. 16.

en position d'activité dans l'établissement où ils sont affectés ». Leur mutation est également soumise à l'accord de leur chef d'établissement d'affectation, donné après avis du conseil d'administration en formation restreinte¹⁵³⁵. Dans ces conditions, toute velléité d'arbitraire venant de l'autorité ministérielle, est exclue.

448. L'admission d'une inamovibilité des professeurs et des maîtres de conférences suppose en troisième et dernier lieu, que ceux-ci soient au moins titulaires de leur emploi [garantie de l'emploi]. Il convient alors d'examiner successivement la situation des enseignants-chercheurs, au regard des éléments qui déterminent leur condition juridique dans la fonction publique. Ils bénéficient de prime abord, vis-à-vis de leur corps respectif, d'une garantie importante. Sous réserve des cas ordinaires, les professeurs et les maîtres de conférences peuvent uniquement perdre cette qualité par révocation ou mise à la retraite d'office. Or, celles-ci peuvent uniquement être prononcées par la juridiction universitaire, dans le respect du droit constitutionnel « *à une représentation propre et authentique* ». Ces mesures figurant au sommet de l'échelle des sanctions disciplinaires, celles-ci ne peuvent en outre intervenir que dans des hypothèses d'une extrême gravité. La protection des universitaires dans leur grade, apparaît en second lieu tout aussi considérable. Comme l'a effectivement souligné le Professeur Lavigne, il ne faut pas oublier : « *que la structure des corps de l'enseignement supérieur n'est pas pyramidale, mais correspond pour ainsi dire à la superposition de (deux) cylindres de bases circulaires plus restreintes de la base au sommet, et qu'il n'y a pas dans ces corps d'avancement de grade* »¹⁵³⁶. La cause en est simple, chaque corps ne comprenant qu'un seul grade. Cette spécificité conduit à créer un lien extrêmement étroit, entre le grade et le corps : déposséder un universitaire du premier, c'est l'évincer du second. C'est pourquoi la rétrogradation ne figure pas dans l'échelle des sanctions prévue à l'article L. 952-8 du code de l'éducation. La révocation et la mise à la retraite d'office constituent dès lors les seuls moyens de priver un enseignant-chercheur de son grade.

Les professeurs et maîtres de conférences sont également préservés dans leur emploi. Ainsi que cela a déjà été relevé, leur mutation d'un établissement vers un autre est subordonnée à leur demande et à l'autorisation de l'université d'accueil, voire dans certains cas, à l'*exeat* de la structure d'affectation. La mutation au sein d'un même établissement, est elle aussi strictement encadrée. Jusqu'en 1984, la procédure fixée par l'article 34 du décret du 28 décembre 1885 demeurait théoriquement applicable. Cette disposition n'avait pas été formellement abrogée en

¹⁵³⁵ Article 33 alinéa 2 du décret n° 84-431 du 6 juin 1984, pour les maîtres de conférences, et article 51 alinéa 2 du même texte, pour les professeurs des universités.

¹⁵³⁶ P. Lavigne, *op. cit.*, p. 167.

1968, et la loi du 17 juillet 1978 concernait uniquement les transferts d'emplois d'une université vers une autre. Mais deux limites s'opposent désormais, à de telles mutations d'office. L'article 2 du décret du 6 juin 1984 dispose, d'une part, que les enseignants-chercheurs : « *ne peuvent être mutés que sur leur demande* ». Le terme « *mutation* » s'entend ici largement, et ne recouvre pas la seule « *affectation* », comme c'est le cas pour les magistrats assis. Les articles 34 et 51-1 du même texte soumettent, d'autre part, les changements de discipline à l'intérieur d'un établissement, à un : « *avis favorable du conseil scientifique siégeant en formation restreinte aux enseignants d'un rang égal* ». L'affectation à une université apparaît dès lors éminemment théorique. L'enseignant-chercheur est amené à évoluer en pratique, dans la composante et la section correspondant à sa spécialité.

449. Si l'enseignant-chercheur est titulaire de son emploi, il est possible de se demander, par voie d'extension, s'il bénéficie d'une garantie équivalente vis-à-vis de ses fonctions. L'interrogation est d'autant moins incongrue, que le système de la chaire assurait par le passé au professeur titulaire, un droit particulier sur son enseignement. D'ailleurs, pour reprendre la formule du Professeur Toulemonde : « *A l'origine, c'était un enseignement qui était érigé en chaire* »¹⁵³⁷. Cette dernière se rapportait à une matière donnée, voire même en cas de pluralité de chaires, à une année d'étude précise. La protection qui en résultait, se révélait alors particulièrement forte, puisque le professeur titulaire ne pouvait être privé de son enseignement, sans que son emploi ne lui soit également retiré. A l'inverse, l'emploi des autres catégories d'enseignants-chercheurs, correspondait à un ensemble de matières, celles de la section à laquelle ils se trouvaient rattachés. Le défaut de souplesse des chaires, freinant l'adaptation des universités aux évolutions scientifiques et sociétales, a finalement conduit le législateur à les supprimer. La loi du 12 novembre 1968 a plus précisément rompu le lien qui unissait le professeur titulaire à sa matière, en indiquant que : « *Les disposition actuellement en vigueur quant à la distribution des enseignements sous forme de chaires personnellement attribuées à des professeurs sont abrogées* ». Au lieu de cela, l'alinéa suivant a prévu que : « *La répartition des fonctions d'enseignement et des activités de recherche au sein d'un même établissement fait l'objet d'une révision périodique* ». Cette disposition est indistinctement applicable à l'ensemble des enseignants-chercheurs, y compris aux professeurs des universités. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé, sur la base de cette disposition, qu'un professeur ne peut se prévaloir des enseignements qui lui ont été confiés les années précédentes, pour conserver ceux-ci¹⁵³⁸.

¹⁵³⁷ B. Toulemonde, *op. cit.*, t. 2, p. 546.

¹⁵³⁸ CE, arrêt du 25 octobre 1996, « *M. Tebib* », Req. n° 135138.

Plusieurs garanties ont néanmoins été instituées par les textes et la jurisprudence, afin de limiter le risque potentiel d'arbitraire. Si la répartition peut théoriquement intervenir, « *au sein de l'établissement* », elle est réalisée en pratique, au sein de la section de rattachement. Edgar Faure défendit d'ailleurs cette interprétation en 1968, lors des travaux préparatoires : « *Il (le professeur titulaire) aura toujours le droit de dispenser un enseignement selon sa capacité et dans la discipline où il a pris ses titres* »¹⁵³⁹. L'actuel article L. 952-4 du code de l'éducation souligne ensuite que : « *Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs ont compétence exclusive pour effectuer cette répartition* ». Les modalités d'application de cette disposition sont fixées par l'article 7 du décret du 6 juin 1984, dans sa version consolidée au 1^{er} septembre 2009. Il revient dans un premier temps au conseil d'administration, en formation restreinte, de définir les principes généraux de répartition des services entre les différentes fonctions des enseignants-chercheurs¹⁵⁴⁰. Il appartient dans un second temps, au président ou au directeur de l'établissement, d'arrêter : « *les décisions individuelles d'attribution de services...dans l'intérêt du service, après avis motivé, du directeur de l'unité de recherche de rattachement et du directeur de la composante formulé après consultation du conseil de la composante, réuni en formation restreinte aux enseignants* ». Cet article s'inscrit malheureusement en retrait vis-à-vis de la disposition législative qui lui sert de fondement, et en recul par rapport à l'état du droit antérieur¹⁵⁴¹. Cependant, le pouvoir réglementaire a pleinement comblé ces imperfections, dans le cas précis des modulations de services. Le décret du 25 avril 2009 admet effectivement, au-delà de la répartition classique des services, que celui d'un enseignant-chercheur peut être modulé, pour : « *comporter un nombre d'heures*

¹⁵³⁹ Intervention d'Edgar Faure, ministre de l'éducation nationale, séance du 4 octobre 1968, JO, Débats parlementaires, Assemblée nationale, 5 octobre 1968, p. 3078.

¹⁵⁴⁰ Cette règle de compétence trouve son fondement législatif dans l'article L. 954-1 du code de l'éducation, au terme duquel : « *Le conseil d'administration définit, dans le respect des dispositions statutaires applicables et des missions de formation initiale et continue de l'établissement, les principes généraux de répartition des obligations de service des personnels enseignants et de recherche entre les activités d'enseignement, de recherche et les autres missions qui peuvent être confiées à ces personnels* ». Récemment amené à connaître de la constitutionnalité de cette disposition, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a dans un premier temps jugé que la référence faite par cet article au « *respect des dispositions statutaires applicables* » doit s'entendre de : « *celles qui résultent à la fois du statut général des fonctionnaires et des règles particulières du statut des enseignants-chercheurs prévues par décret en Conseil d'Etat* ». Ce faisant, il en a conclu que : « *ce pouvoir du conseil d'administration ne porte pas atteinte, en lui-même, ni au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs ni au principe d'égalité entre les fonctionnaires d'un même corps* ». Voir : CC, décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, « *M. Jean C. et autres* [Loi Université] », cons. 21.

¹⁵⁴¹ Dans la version consolidée du Statut réglementaire, issue du décret n° 2001-429 du 16 mai 2001, il était prévu que la répartition intervenait : « *sur proposition du conseil de l'unité de formation et de recherche de rattachement après avis du ou des présidents des commissions de spécialistes concernées* ».

d'enseignements inférieur ou supérieur au nombre d'heures de référence ». La modulation a été vivement critiquée par certains mouvements d'universitaires, lors de la dernière réforme du décret du 6 juin 1984. Il lui était reproché de n'être « *pas faite à la demande de l'intéressé* », et de ne pas comporter en contrepartie, de garanties procédurales suffisante. Cette difficulté a finalement été levée par le Gouvernement, en prévoyant qu'elle : « *ne peut se faire sans l'accord écrit de l'intéressé* ».

Au-delà de la nouvelle procédure générale de répartition des services, introduite par le décret du 25 avril 2009, trois obstacles s'opposent à la reconnaissance d'une inamovibilité dans les fonctions. La première de ces limites, réside dans le retrait des fonctions, d'origine prétorienne¹⁵⁴². Celui-ci peut être défini comme : « *une mesure administrative prise par le président de l'établissement, dans l'intérêt du service, et privant un universitaire de certaines fonctions spécifiques qui lui ont été confiées, sans qu'il soit porté atteinte à ses droits et garanties statutaires, ni à ses prérogatives d'enseignant-chercheur* ». Le but étant de mettre fin à un dysfonctionnement au sein du service, et non de sanctionner l'intéressé, ce dernier peut uniquement se voir retirer des responsabilités venues compléter ses activités normales d'enseignement et de recherche. Le retrait revêt néanmoins un caractère définitif, de sorte que son prononcé est entouré de certaines garanties tirées du droit commun de la fonction publique. La mesure doit notamment être motivée, en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979¹⁵⁴³, et l'universitaire a droit à communication de son dossier, au terme de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905¹⁵⁴⁴. La seconde de ces limites, est constituée par la suspension des fonctions, prévue par l'article L. 951-4 du code de l'éducation. Cette disposition, dont l'origine remonte à la loi du 27 février 1880, prévoit que : « *Le ministre chargé de l'enseignement supérieur peut prononcer la suspension d'un membre du personnel de l'enseignement supérieur pour un temps qui n'excède pas un an, sans privation de traitement* ». Bien qu'elle soit aussi prononcée dans l'intérêt du service, il s'agit d'une mesure conservatoire, limitée dans le temps, et susceptible de couvrir l'ensemble des fonctions universitaires. Mais elle se distingue surtout du retrait, par la faiblesse des garanties afférentes : elle n'est pas conditionnée par l'ouverture

¹⁵⁴² D. Dumont, *Le retrait des fonctions dans l'enseignement supérieur*, LIJ, n° 81, janvier 2004, pp. 23-29.

¹⁵⁴³ CE, ordonnance du juge des référés du 12 décembre 2001, « *M. C.* », Req. n° 240345. Décision non référencée sur Légifrance, mais citée in D. Dumont, *op. cit.*, p. 29. Cependant, le juge des référés aurait écarté en l'espèce, le moyen tiré de l'absence de motivation de la décision de retrait, après avoir relevé que cette mesure : était « *inspirée par le légitime souci de mettre fin à un conflit nuisible au bon fonctionnement de l'unité de recherche* », et était « *ainsi motivée par l'intérêt du service* ».

¹⁵⁴⁴ CE, arrêt du 30 juillet 2003, « *M. Jean-Luc X.* », Req. n° 250766.

d'une procédure pénale ou disciplinaire¹⁵⁴⁵ ; elle n'a pas à être motivée ou précédée de la communication du dossier¹⁵⁴⁶ ; et il n'est pas nécessaire que sa durée soit préalablement déterminée¹⁵⁴⁷. La suspension des fonctions, manifestement incompatible avec l'idée d'une inamovibilité dans ces dernières¹⁵⁴⁸, n'a cependant jamais été remise en cause. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs jugé, dans un arrêt « *Rivière* » du 13 juillet 1983, que : « *l'article 15 de la loi du 27 février 1880, ... est resté en vigueur malgré l'intervention de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires* »¹⁵⁴⁹. La dernière limite, concerne enfin l'accomplissement de leur service, par les enseignants-chercheurs. L'article 7, III *in fine* du décret du 6 juin 1984, dispose en effet que : « *Dans le cas où il apparaît impossible d'attribuer (leur) service de référence... le président ou le directeur de l'établissement leur demande de compléter leur service dans un autre établissement public d'enseignement supérieur de la même académie sans paiement d'heures complémentaires* ». Cette disposition déroge donc en partie, à la règle suivant laquelle un universitaire est affecté à un établissement déterminé. Si l'inamovibilité dans l'emploi, n'est pas à proprement parler remise en cause, elle se trouve néanmoins amoindrie par l'obligation de service. Un enseignant-chercheur peut être contraint d'aller enseigner dans un établissement de son académie, différent de son université d'affectation. Or, il n'est pas rare qu'au sein de certaines académies, la distance séparant deux établissements universitaires, dépasse les cent cinquante kilomètres¹⁵⁵⁰.

B . L'inamovibilité de fait au sein des systèmes para-juridictionnels

450. Si les institutions autonomes qui composent aujourd'hui l'Etat sont nées au XIIIe siècle pour les plus anciennes, la plupart remonte seulement à l'après-guerre.

¹⁵⁴⁵ CE, arrêt du 26 octobre 2005, « *M. Gollnisch* », Req. n° 279189, note A. Legrand, *Liberté d'expression des enseignants et protection de l'ordre public dans les universités* », pp. 505-509.

¹⁵⁴⁶ CE, arrêt du 22 septembre 1993, « *Sergène* », Rec. p. 846 ; CE, arrêt du 15 décembre 2000, « *Vankemmel et Syndicat des professeurs hospitalo-universitaires* », Rec. p. 630.

¹⁵⁴⁷ CE, arrêt du 2 décembre 1949, « *Barthélémy* », Rec. p. 522.

¹⁵⁴⁸ Bernard Toulemonde concluait ainsi, en écrivant que : « *Les mesures de suspension présentent... un réel danger pour l'inamovibilité des membres de l'enseignement supérieur et, par contrecoup, pour leur liberté d'expression* ». Voir : *op. cit.*, t. 2, p. 517.

¹⁵⁴⁹ CE, arrêt du 7 février 1990, « *Rivière* », Rec. p. 27.

¹⁵⁵⁰ Dans l'académie des Pays de la Loire, 186 kilomètres séparent les universités de Nantes et du Mans. De la même façon, dans l'académie d'Aquitaine, les universités de Pau et de Bordeaux sont distantes de 197 kilomètres. Mais la distance la plus longue, semble concerner l'académie de Bretagne, les universités de Brest et Rennes étant séparées par 241 kilomètres.

Or, tandis que les Universités entretiennent avec les autres composantes de celui-ci, un rapport de complémentarité, il en va autrement de certaines autorités plus récentes. Leur apparition est révélatrice d'une défiance, vis-à-vis de l'appareil étatique traditionnel, dans ses éléments administratifs ou juridictionnels. Il en va principalement ainsi des autorités administratives indépendantes (1^o) et du Conseil constitutionnel (2^o), dont les membres intégrés au système de l'emploi, bénéficient d'une irrévocabilité de droit.

1^o) L'irrévocabilité des membres des autorités indépendantes

451. Les autorités administratives indépendantes sont susceptibles d'être définies comme des organismes administratifs agissant au nom de l'Etat, mais disposant d'un « *pouvoir propre* », et « *n'appartenant pas à la hiérarchie des administrations centrales aboutissant aux ministres* »¹⁵⁵¹. Cette catégorie dont le nom a été mentionné pour la première fois, par la loi du 6 janvier 1978, à propos de la Commission nationale informatique et liberté (CNIL), regroupait non moins de quarante et un organismes au 20 janvier 2009¹⁵⁵². Il convient *a priori* d'intégrer à cette liste, le Défenseur des droits créé par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, et dont l'institution fait l'objet d'un nouveau Titre XI *bis* dans la Constitution. En effet, si la loi organique prise pour l'application de l'article 71-1 du texte constitutionnel, a expressément qualifié cette nouvelle institution d'« *autorité constitutionnelle indépendante* »¹⁵⁵³, le Conseil constitutionnel a pour sa part jugé que cette formulation désigne une : « *autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution* »¹⁵⁵⁴. L'application du qualificatif d'« *autorité administrative indépendante* » au Défenseur des droits, paraît d'ailleurs corroborée par le fait qu'elle vient se substituer tout à la fois au Médiateur de la République, au Défenseur des enfants, à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, et à la Commission nationale de déontologie de la

¹⁵⁵¹ Conseil d'Etat, résumé du rapport public 2001 : *Les autorités administratives indépendantes*, www.conseil-etat.fr ; R. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., 15^e éd., 2001, p. 225.

¹⁵⁵² Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, EDCE, 2001, p. 300 ; P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, t. 1, Rapport fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, n^o 404 (Sénat) et 3166 (Assemblée nationale), 15 juin 2006, p. 35 ; Premier ministre, réponse à la question écrite n^o 31294 posée par le député Jean-Jacques Candelier, JO Assemblée nationale du 20 janvier 2009, p. 488.

¹⁵⁵³ Article 2 alinéa 1^{er} de la loi organique n^o 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

¹⁵⁵⁴ CC, décision n^o 2011-626 DC du 29 mars 2011, « *Loi organique relative au Défenseur des droits* », cons. 5.

sécurité. Mais en dépit de la suppression de ces quatre dernières autorités, le statut de leurs membres sera néanmoins examiné pour les besoins de la présente étude. Enfin et par voie d'extension, il peut également sembler utile d'ajouter aux organismes déjà évoqués¹⁵⁵⁵, depuis cette même révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil supérieur de la magistrature. Libéré de ses composantes politiques que sont le chef de l'Etat et le garde des Sceaux, celui-ci paraît en effet pouvoir être désormais qualifié, selon la formule du Professeur Gicquel : « *d'autorité constitutionnelle autonome* »¹⁵⁵⁶.

Principalement chargées de protéger les droits et libertés fondamentaux, ou d'assurer des missions de régulation économique, les autorités administratives indépendantes sont nées d'une défiance vis-à-vis : « *de l'Etat traditionnel centralisé et hiérarchisé* ». Il en est résulté un mode de désignation privilégiant le système de l'emploi, au détriment du système de la carrière. Ce rejet c'est aussi traduit par la reconnaissance d'une certaine autonomie fonctionnelle, dans les domaines du recrutement et de la gestion des personnels. Mais l'innovation la plus importante, s'agissant d'organismes qui ne constituent pas des juridictions, a été clairement résumée lors de l'examen du projet de loi portant création du Conseil supérieur de la déontologie de la sécurité. Le Ministre de l'intérieur, Jean-Pierre Chevènement, devait déclarer à la tribune de l'Assemblée nationale : « *Voilà une vingtaine d'années que le paysage administratif français s'est enrichi de ces instances, dépourvues de la personnalité morale, mais s'inscrivant en dehors de la hiérarchie des administrations centrales et de leurs chefs que sont les ministres : les pouvoirs publics attendent de ces administrations qu'elles s'acquittent de leur tâche, comme le feraient les magistrats, c'est à dire avec impartialité, objectivité et indépendance* »¹⁵⁵⁷. C'est en cela qu'il est possible de parler d'autorités para-juridictionnelles.

452. L'assimilation de leurs membres aux magistrats implique *a priori*, qu'ils jouissent d'une indépendance personnelle équivalente. D'ailleurs, comme l'a souligné le Conseil d'Etat en 2001, c'est : « *le statut personnel des membres du collège qui est la clé de voûte de l'indépendance de l'autorité* ». Certains travaux, dont l'essentiel émane des assemblées parlementaires, font ainsi état du bénéfice de

¹⁵⁵⁵ Les présents développements n'envisagent pas le statut des membres de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, créée en 2009, ni celui des membres de l'Autorité de régulation des jeux en ligne, créée en 2010.

¹⁵⁵⁶ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *op. cit.*, 22^e éd., 2008, p. 633.

¹⁵⁵⁷ Jean-Pierre Chevènement, ministre de l'intérieur, intervention à la tribune, Assemblée nationale, 1^{ère} séance, 4 juin 1998, JO, p. 4702. Ces propos ont été mis en exergue par le Conseil d'Etat, in : *Les autorités administratives...*, *op. cit.*, p. 275.

l'inamovibilité. Cette garantie traditionnelle contre les évictions arbitraires, s'étendrait ainsi au Médiateur de la République¹⁵⁵⁸, à l'Autorité de régulation des télécommunications électroniques et des postes, et à l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles¹⁵⁵⁹, à l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires¹⁵⁶⁰, à l'Autorité de sûreté nucléaire¹⁵⁶¹, voire même à l'ensemble des autorités¹⁵⁶². Mais aucun des textes institutifs, ne prévoit expressément une telle protection. Au contraire, les membres de ces autorités sont explicitement désignés, comme étant « *irrévocables* ». Des études plus poussées, réalisées par le Conseil d'Etat et l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, appuient également sur cette spécificité. Dans son rapport public de 2001, l'Hôte du Palais Royal précise en ce sens qu'une : « *règle minimale s'impose sans exception : l'irrévocabilité du mandat* »¹⁵⁶³. L'Office parlementaire est venu lever toute ambiguïté, à l'occasion d'un rapport de 2006 consacré à ces autorités, en indiquant dans un paragraphe intitulé « *l'irrévocabilité des mandats* », que : « *Tous les textes d'organisation des Autorités administratives indépendantes prévoient que les membres des collèges sont irrévocables* »¹⁵⁶⁴.

L'irrévocabilité, distinguée de l'inamovibilité, n'est pas une notion nouvelle. Pierre Henrion de Pansey l'opposait déjà à la seconde, dans son ouvrage sur *L'autorité judiciaire en France*¹⁵⁶⁵, publié en 1818. A mi-chemin entre la commission révocable et l'office inamovible, le Jurisconsulte définissait celle-ci comme la charge qui confère « *des fonctions temporaires* », mais dont « *le temps en est déterminé par la loi* », et qui « *sont irrévocables* » pendant leur durée. Cette approche de la charge conserve une certaine actualité, dans la mesure où ses éléments sont transposables aux membres des autorités administratives

¹⁵⁵⁸ Assemblée nationale, *L'Assemblée dans les institutions françaises – Fiches de synthèse*, Connaître l'Assemblée nationale, Assemblée nationale, octobre 2006, p. 69.

¹⁵⁵⁹ J. Douvreur, O. Douvreur, *Le principe d'indépendance...*, *op. cit.*, p. 336.

¹⁵⁶⁰ J.-F. Legrand, avis n° 68 réalisé au nom de la commission des affaires économiques, sur le projet de loi de finance pour 1999, t. 19, Sénat, 19 novembre 1998.

¹⁵⁶¹ H. Revol et B. Sido, rapport n° 231 réalisé au nom de la commission des affaires économiques et du plan, relatif à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, Sénat, 1^{er} mars 2006, p. 27 ; Propos de Nelly Olin, Ministre de l'écologie, lors de la séance du 7 mars 2006 au Sénat, et de la 2^e séance du 28 mars 2006 à l'Assemblée nationale.

¹⁵⁶² S. Manson, *op. cit.*, pp. 382-385.

¹⁵⁶³ Conseil d'Etat, *Les autorités administratives...*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁵⁶⁴ P. Gélard, rapport n° 404/3166..., *op. cit.*, t. 2, p. 69.

¹⁵⁶⁵ P. Henrion de Pansey, *L'autorité judiciaire en France*, Chez Théophile Barrois Père, Paris, 1818, pp. 155-156.

indépendantes. Ils sont non seulement irrévocables, mais la durée de leur mandat est temporaire et fixée par la loi. Cependant, une fois la distinction opérée, l'auteur restait silencieux quant aux effets attachés à cette garantie. La seule conséquence prévisible de l'irrévocabilité, résidait dans la suppression du droit de révocation au détriment de l'autorité de nomination. Les études consacrées aux autorités administratives indépendantes ne permettent malheureusement pas de pallier à cette lacune. Pire encore, elles se révèlent contradictoires. Dans une note de bas de page venue compléter les sept lignes consacrées à cette protection, le Conseil d'Etat estime que cette dernière : « *n'empêche au demeurant pas la révocabilité de la personne, pour des motifs disciplinaires, ou en cas d'incapacité définitive* ». L'Office parlementaire considère à l'inverse, au milieu des douze lignes traitant de cette garantie, qu'elle éloigne : « *leur titulaire non seulement d'une révocation ad nutum, mais encore, allant donc au-delà de la règle ordinaire, (qu'elle bloque) une révocation qui serait fondée sur une faute* ». En vérité, l'examen des textes instituant les diverses autorités administratives indépendantes, permet de réunir sous ce vocable, trois catégories d'irrévocabilités.

453. Une première catégorie d'irrévocabilités peut être qualifiée d'absolue, en ce qu'elle ne souffre aucune exception. Elle suppose que le membre de l'autorité soit proprement irrévocable, pendant toute la durée de son mandat. Cela signifie qu'il ne peut être évincé pendant cette période, ni par l'autorité de nomination, ni par aucune autre instance, y compris le collège composant l'autorité. Dans le silence des textes institutifs, cette irrévocabilité totale constitue le principe. Après une tentative manquée, au début de années 1980, le Conseil d'Etat a clairement statué en ce sens, à l'occasion de son arrêt « *Ordonneau* » du 7 juillet 1989. En l'espèce, un décret du Premier ministre avait mis fin aux fonctions de Pierre Ordonneau, avant le terme de son mandat de président de la Commission de la concurrence, dans la mesure où il avait atteint la limite d'âge dans son corps d'origine. La Haute juridiction a jugé à l'aune des travaux préparatoires, en l'absence de disposition régissant l'interruption prématurée du mandat, que : « *le législateur (avait) entendu garantir l'indépendance et l'autorité du président de la Commission...en donnant à ses fonctions une durée fixe, et permettre ainsi de déroger, le cas échéant, aux règles statutaires relatives à l'application des limites d'âge* »¹⁵⁶⁶. Le principe consacré revêt d'autant plus d'importance, que le Conseil d'Etat devait statuer en sens inverse six mois plus tard, à propos du président d'un établissement public administratif¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁶ CE Ass., arrêt du 7 juillet 1989, « *M. Ordonneau* », Req. n° 56627. Quelques années plus tôt, le Conseil d'Etat avait rejeté comme tardif, un recours en annulation émanant de la même personne : CE, arrêt du 26 février 1982, « *M. Ordonneau* », Req. n° 38854.

¹⁵⁶⁷ CE Ass, arrêt du 22 décembre 1989, « *M. Morin* », Req. n° 82237. Dans cette décision, le Conseil d'Etat a jugé qu'il résulte des dispositions « *applicables aux établissements publics à*

Ce premier ensemble concerne les membres de dix-huit autorités administratives indépendantes, sur les quarante et une répertoriées en 2009. L'irrévocabilité résulte d'une mention expresse, dans cinq cas. Le plus souvent, cette garantie va de pair avec le caractère non renouvelable du mandat, le texte précisant que le mandat n'est « *ni renouvelable, ni révocable* »¹⁵⁶⁸, ou « *ni révocable, ni renouvelable* »¹⁵⁶⁹. La seule exception concerne l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, l'article L. 310-12-1 du code des assurances prévoyant que ses membres « *ne peuvent être révoqués* », en dépit du possible renouvellement de leur mandat. Dans les treize autres hypothèses, l'irrévocabilité découle du silence des textes institutifs¹⁵⁷⁰, révélant une nouvelle fois l'intérêt de la jurisprudence « *M. Ordonneau* ».

Une seconde catégorie d'irrévocabilités possède un caractère médian, en ce qu'elle comporte uniquement des exceptions présentant une certaine automaticité. Celles-ci revêtent plus précisément une automaticité qualifiée, destinée à tirer les conséquences nécessaires de situations légales et objectives. D'une part, les cas d'interruption prématurée du mandat sont préalablement et précisément définis par les textes institutifs. D'autre part, ces hypothèses de cessation reposent sur des justifications suffisamment objectives, afin d'écartier tout risque d'arbitraire. Ainsi entendue, cette irrévocabilité comprend trois exceptions, et bénéficie aux membres de sept autorités administratives indépendantes. Le terme anticipé du mandat peut résulter en premier

caractère administratif, que l'autorité investie du pouvoir de nomination a la faculté de mettre fin par une mesure individuelle (, dans l'intérêt du service,) aux fonctions des dirigeants de ces organismes avant l'expiration de la période prévue par l'acte de nomination ».

¹⁵⁶⁸ Cela concerne les membres de l'Autorité de régulation des mesures techniques (art. L. 331-18 du code de la propriété intellectuelle), et le Médiateur de l'énergie (art. 43-1 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000).

¹⁵⁶⁹ Il en va ainsi pour les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel (art. 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986), et ceux de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (art. 2 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004).

¹⁵⁷⁰ Commission d'accès aux documents administratifs (art. 23 de la loi n° 78-553 du 17 juillet 1978), Médiateur du cinéma (art. 1^{er} du décret n° 83-86 du 9 février 1953), Commission nationale du débat public (art. L. 121-3 du code de l'environnement), Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (art. 4 du décret n° 2006-1334 du 3 novembre 2006), Commission pour la transparence financière de la vie politique (art. 5 du décret n° 96-763 du 1^{er} septembre 1996), Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (art. L. 52-14 du code électoral) Commission des infractions fiscales (art. 1^{er} de la loi n° 77-1453 du 29 décembre 1977), l'Autorité des marchés financiers (art. L. 621-2 du code monétaire et financier), le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (art. L. 6123 du même code), la Commission bancaire (art. L. 613-3 du même code), l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (art. L. 310-12-1 du code des assurances), le Haut conseil du commissariat aux comptes (art. L. 821-3 du code de commerce), la Commission centrale permanente en matière de bénéfices agricoles (art. 1652 du code général des impôts), et la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale relative à l'élection du Président de la République (art. 13 du décret n° 2001-213 du 8 mars 2001).

lieu pour un membre, de la perte de la qualité en raison de laquelle il a été désigné. Il en va notamment ainsi des parlementaires cessant d'appartenir à leur chambre d'élection, et par voie d'extension, des parlementaires dont le mandat est interrompu par la fin de la législature. Les fonctionnaires radiés des cadres de leur corps d'origine, sont de la même façon concernés. Si le Conseil d'Etat avait connu d'une telle exception, dans son arrêt « *M. Ordonneau* » précité, le décret mettant fin aux fonctions du président de la Commission de la concurrence aurait pu être jugé légal. Cette première hypothèse concerne les membres de quatre autorités administratives indépendantes, dont la Commission nationale de déontologie de la sécurité, aujourd'hui supprimée, et le Conseil supérieur de l'agence France Presse¹⁵⁷¹.

La cessation prématurée du mandat, peut procéder en second lieu, du non respect des incompatibilités impliquées par son exercice. La Haute autorité de santé, est la seule autorité administrative indépendante, dont les membres peuvent être évincés par cette voie unique. D'après l'article L. 161-44 du code de la sécurité sociale, les membres détenant des intérêts contraires à leur fonction, sont : « *déclarés démissionnaires d'office par le collège statuant à la majorité de ses membres* ». Mais il en va également ainsi au niveau du Conseil supérieur de la magistrature. L'article 6 de la loi organique du 5 février 1994, dispose en effet que : « *La démission d'office du membre du Conseil supérieur qui ne s'est pas démis, dans le mois qui suit son entrée en fonctions, de la fonction incompatible avec sa qualité de membre est constatée par le président de la formation plénière, après avis de cette formation. Il en est de même pour le membre du Conseil supérieur qui exerce en cours de mandat une fonction incompatible avec sa qualité de membre* »¹⁵⁷². L'interruption du mandat peut enfin découler du manque d'assiduité d'un membre. L'article R. 224-3 du code de la consommation, prévoit ainsi qu'un membre de la Commission de la sécurité des consommateurs, qui : « *sans raison valable, n'a pas participé à trois séances consécutives est considéré comme démissionnaire d'office de ses fonctions* ». Dans le même sens, le décret du 29 mai 1997 dispose qu'en « *cas d'absence prolongée d'un membre* » du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, un : « *collège composé du président du comité, du vice-président et du président de la section technique peut déclarer le poste vacant* »¹⁵⁷³.

¹⁵⁷¹ Commission nationale de déontologie de la sécurité (art. 2 du décret n° 2000-494 du 6 juin 2000), Agence France-Presse (art. 4 de la loi n° 57-32 du 10 janvier 1957), Commission paritaire des publications et agences de presse (art. 3 du décret n° 97-1065 du 20 janvier 1997), Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (art. D. 575 du code des postes et des communications électroniques).

¹⁵⁷² Article 6 alinéa 3 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature.

¹⁵⁷³ Article 5 du décret n° 97-555 du 29 mai 1997 relatif au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé.

454. La dernière catégorie d'irrévocabilités apparaît plus relative, dans la mesure où elle intègre une exception la rapprochant de l'inamovibilité traditionnelle. En effet, les textes institutifs de plusieurs autorités semblent avoir cherché à introduire une discipline juridictionnalisée, par le biais de la règle suivant laquelle : « *il ne peut être mis fin aux fonctions de membre de (l'autorité) qu'en cas d'empêchement constaté* ». C'est de ce précepte, applicable à quatorze autorités administratives indépendantes, que le Conseil d'Etat paraît avoir déduit que l'irrévocabilité : « *n'empêche...pas la révocabilité de la personne, pour des motifs disciplinaires* ». Le constat de l'empêchement serait plus précisément la sanction du non respect des règles déontologiques, évoquées par le Conseil d'Etat et l'Office parlementaires dans leurs rapports¹⁵⁷⁴. Or, cette discipline se trouve encadrée au-delà, par une garantie organique qui n'est pas sans rappeler celle dont bénéficient les agents inamovibles. C'est ainsi que pour les membres de dix autorités, les textes prévoient que cet empêchement est « *constaté* » par le collègue¹⁵⁷⁵. Cette compétence est confiée plus restrictivement, s'agissant de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, à son bureau¹⁵⁷⁶. De même, pour le Conseil supérieur de la magistrature, cette fonction se trouve dévolue au : « *président de la formation plénière, après avis de cette formation* »¹⁵⁷⁷. En l'absence de structure collégiale, elle est enfin attribuée à une formation *ad hoc* comprenant des personnalités extérieures et indépendantes. Jusqu'à la suppression de cette autorité, l'article 1^{er} du décret du 9 mars 1973 prévoyait en ce sens que l'empêchement du Médiateur de la République est : « *constaté par un collège composé du vice-président du Conseil d'Etat, président, du premier président de la Cour de cassation et du premier président de la Cour des comptes* »¹⁵⁷⁸. Cette formule a été transposée

¹⁵⁷⁴ Conseil d'Etat, *Les autorités administratives...*, *op. cit.*, p. 350 ; P. Gélard, rapport n° 404/3166..., *op. cit.*, t. 2, pp. 73-74.

¹⁵⁷⁵ Commission consultative du secret de la défense nationale (art. 2 de la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998), Commission nationale de l'informatique et des libertés (art. 13 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978), Autorité de sûreté nucléaire (art. 10 de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006), Commission des sondages (art. 2 du décret n° 78-79 du 25 janvier 1978), Commission nationale des interceptions de sécurité (art. 13 de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991), Commission des participations et transferts (art. 3 du décret n° 86-912 du 6 août 1986), Commission de régulation de l'énergie (art. 28 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000), Autorité de contrôle des nuisances sonores et aéroportuaires (L. 227-1 du code de l'aviation civile), Agence de lutte contre le dopage (art. L. 232-6 du code du sport), Conseil de la concurrence (art. L. 461-2 du code de commerce), Autorité de sûreté nucléaire (art. 10 de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006).

¹⁵⁷⁶ Article 7 du décret n° 2007-1137 du 26 juillet 2007, relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission nationale consultative des droits de l'homme.

¹⁵⁷⁷ Article 6 alinéa 4 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature.

¹⁵⁷⁸ Article 1^{er} du décret n° 73-253 du 9 mars 1973, pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur.

in extenso au nouveau Défenseur des droits¹⁵⁷⁹. L'empêchement d'un membre d'une autorité est donc soumis dans les onze premiers cas, ainsi que pour le Conseil supérieur de la magistrature, à la position d'une formation composée de ses pairs, également « *irrévocables en droit* ». Dans la douzième hypothèse, et s'agissant du Défenseur des droits, la constatation émane d'un collège regroupant les « magistrats » qui président les trois plus hautes juridictions ordinaires, et qui bénéficient d'une inamovibilité de « fait » ou de « droit ».

Le rapprochement avec l'inamovibilité s'arrête toutefois là, du fait de l'insuffisance des textes. Dans son rapport public de 2001, le Conseil d'Etat critiquait d'ailleurs cet état du droit, estimant : « *regrettable que les textes ne précisent le plus souvent pas dans quelles conditions, il peut être mis fin au mandat de tout membre qui méconnaît les règles de déontologie qui s'imposent à lui ou se met dans une situation rendant la poursuite de sa mission impossible ou dans quelles conditions l'empêchement d'un membre est constaté* ». Ces reproches ont conservé leur pertinence, malgré le temps écoulé. Aucun des textes régissant l'une des quatorze autorités précitées, n'évoque explicitement le régime disciplinaire applicable à leurs membres. Onze ans après l'institution du Défenseur des enfants, le Pouvoir réglementaire n'avait toujours pas adopté le décret en Conseil d'Etat, définissant les conditions dans lesquelles son empêchement peut être constaté. Le Législateur est même allé plus loin, à propos du contrôleur général des lieux de privation de liberté. La loi du 30 octobre 2007 s'est contentée de préciser que son mandat ne peut cesser « *qu'en cas de démission ou d'empêchement* », sans même renvoyer à un décret en Conseil d'Etat, le soin d'en déterminer les modalités¹⁵⁸⁰. Enfin, sur les douze autorités pour lesquelles un collège a été désigné, afin de constater l'empêchement, seuls quatre textes institutifs ont fixé la majorité à laquelle celui-ci doit statuer¹⁵⁸¹. La défaillance de la loi et du règlement, rarement palliée par les règlements intérieurs propres à chaque autorité, rend illusoire la soumission de leurs membres à une véritable discipline assurée par un collège indépendant. Le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs jamais eu l'occasion de se prononcer à ce jour, sur le fondement de sa compétence pour connaître d'un empêchement constaté par une telle formation, pour un motif disciplinaire. La question de savoir s'il statuerait alors, en cassation sur une

¹⁵⁷⁹ Article 3 du décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits. Cette disposition est prise pour l'application de l'article 1^{er} alinéa 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars relative au Défenseur des droits.

¹⁵⁸⁰ Défenseur des enfants (art. 2 de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000), Contrôleur général des lieux de privation de liberté (art. 2 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007).

¹⁵⁸¹ L'empêchement est constaté à la majorité simple (Autorité de sûreté nucléaire, Commission des participations et transferts), à la majorité des deux tiers (Agence française de lutte contre le dopage), où à l'unanimité (Médiateur de la République).

décision juridictionnelle rendue par ce collège, ou en excès de pouvoir sur un acte administratif pris par lui, reste donc en suspens.

2°) L'irrévocabilité des membres du Conseil constitutionnel

455. Les garanties d'éviction reconnues aux membres du Conseil constitutionnel, méritent de faire l'objet d'une étude séparée, du fait de la spécificité de cette institution. Cette dernière occupe effectivement une place particulière au sein des pouvoirs publics constitutionnels. Lui-même susceptible de prétendre à cette dernière qualification, au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat¹⁵⁸², le Conseil a progressivement forgé son indépendance, notamment vis-à-vis du Pouvoir exécutif. Comme l'ont souligné en ce sens, les Professeurs Jean et Jean-Eric Gicquel : « *Si, en 1958, il s'analysait en un organe politique, en raison de sa mission générale de cantonnement du Parlement, il se range depuis parmi les cours constitutionnelles* »¹⁵⁸³. La récente révision du Titre VII de la Constitution, par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, s'inscrit dans ce mouvement, bien qu'elle n'ait pas conduit à un changement de dénomination¹⁵⁸⁴. L'indépendance de l'institution résulte aujourd'hui, non seulement de l'ampleur de ses attributions, mais également d'une certaine autonomie budgétaire et des garanties reconnues à ses membres.

Replacée dans le contexte de 1958, une telle évolution n'allait pourtant pas de soi. La création du Conseil constitutionnel se justifiait par une double défiance vis-à-vis du Parlement et des juridictions ordinaires. Dans les deux cas, l'Exécutif entendait conserver une certaine maîtrise sur l'institution. Il s'agissait d'un côté de lutter contre « *la déviation du régime parlementaire* », et de l'autre de prévenir l'émergence d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois. Le second objectif venait traduire la crainte implicite d'un retour aux parlements d'Ancien Régime. Erigée en gardiennes des Lois fondamentales du royaume, ces cours souveraines avaient précipité la chute de l'Ancienne Monarchie, puis contesté la légitimité de l'Assemblée nationale constituante dans les premiers temps de la Révolution. Celles-ci constituaient ainsi par leurs abus, l'archétype du « *gouvernement des juges* »

¹⁵⁸² CE Ass., arrêt du 25 octobre 2002, « *Brouant* », concl. G. Goulard, note L. Favoreu, *Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif?*, RFDA, janvier-février 2003, pp. 1-13.

¹⁵⁸³ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *op. cit.*, 23^e éd., 2009, p. 734.

¹⁵⁸⁴ Lors des travaux préparatoires à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, un amendement avait pourtant été présenté en ce sens. Déposé par Robert Badinter, celui-ci (n° 321 rectifié) avait été adopté en première lecture par le Sénat, le 24 juin 2008. Supprimé en deuxième lecture par l'Assemblée nationale, le 9 juillet 2008, un amendement identique (n° 134) fut rejeté en seconde lecture par le Sénat, le 16 juillet 2008. Voir les dossiers des deux Assemblées, sur la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, www.assemblee-nationale.fr et www.senat.fr.

dénoncé par le Commissaire du gouvernement Raymond Janot, lors de la séance du 7 août 1958¹⁵⁸⁵. Or, il convient de rappeler que ces juridictions étaient composées de magistrats nommés à vie et à titre inamovible, engendrant une suspicion durable contre ces « *privilèges* ». Les rédacteurs auraient pu envisager dans ces conditions, l'institution d'un Conseil constitutionnel dont les membres auraient été nommés à temps, et n'auraient pas bénéficié de l'inamovibilité.

456. Au final, il en est résulté un Conseil composé de neuf membres, désignés pour une durée de neuf ans. Ce mandat n'étant pas renouvelable, les conseillers relèvent donc pleinement du système de l'emploi. Néanmoins, l'article 56 alinéa 2 de la Constitution prévoit que ce collège de base est susceptible d'être complété par les « *anciens présidents de la République* ». Or, ceux-ci « *font de droit partie à vie* » du Conseil constitutionnel. En dépit d'une longue parenthèse de quarante-deux ans, l'institution a ainsi pu voir jusqu'à deux membres à vie, siéger simultanément en son sein. Les textes qui régissent la situation des conseillers, demeurent en revanche silencieux sur la nature de la garantie qui leur est reconnue contre les évictions arbitraires. A la différence des magistrats du siège et des membres de la majorité des autorités administratives indépendantes, aucune disposition ne prévoit expressément qu'ils sont « *inamovibles* » ou « *irrévocables* ». Le titre VII de la Constitution reste d'ailleurs muet, y compris sur les modalités de cessation de leur mandat.

La discrétion des textes paraît cependant palliée par la doctrine. Pour certains de ses représentants, les membres du Conseil constitutionnel peuvent être qualifiés d'inamovibles. Marcel Waline s'exprimait par exemple en ce sens, dans sa préface de la première édition des « *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* »¹⁵⁸⁶. D'autres auteurs vont plus loin, en considérant que les conseillers bénéficient d'une irrévocabilité absolue. Cette conception se trouve notamment défendue par Michel de Guillenchmidt, dans son manuel d'« *Histoire constitutionnelle de la France depuis 1789* ». Le soutien apporté par ces deux auteurs aux positions doctrinales précitées, leur confère un crédit non négligeable. Le premier a effectivement siégé au Conseil constitutionnel, entre 1962 et 1971, tandis que l'épouse du second, Jacqueline de Guillenchmidt, y siège depuis 2004. Toutefois, l'étude des textes pris pour l'application de la Constitution, semble appeler une opinion plus nuancée. Si les

¹⁵⁸⁵ Intervention devant le Comité consultatif constitutionnel, séance du 7 août 1958, in DPS, vol. II, 1988, p 256.

¹⁵⁸⁶ Texte repris dans : L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Grands arrêts, 13^e éd., 2005, p. XVI. Voir également : Service des études juridiques, *La composition des cours constitutionnelles*, Les documents de travail du Sénat, série droit comparé, n° 179, Sénat, novembre 2007, p. 5 ; F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Ve République*, thèse de doctorat, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 436-437.

membres du Conseil sont bien protégés contre les évictions arbitraires, leur garantie se situe plus vraisemblablement à mi-chemin entre l'inamovibilité et l'irrévocabilité absolue.

457. Sous réserve de leur président et des membres de droit, les conseillers peuvent être évincés avec certitude, dans deux séries d'hypothèses. La première est prévue par les articles 10 et 11 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958. Au terme de ces dispositions, le Conseil constitutionnel peut constater la démission d'office d'un de ses membres, dans trois cas objectifs. Soit celui-ci a exercé une activité, ou a accepté une fonction ou un mandat électif, incompatible avec sa qualité de membre du Conseil. Soit il n'a pas, ou il n'a plus la jouissance des droits civils et politiques. Soit enfin, il se trouve définitivement empêché d'exercer ses fonctions, par une incapacité physique permanente. La garantie reconnue aux conseillers est ici double. La démission d'office relève non seulement de la compétence exclusive du collège, mais ce dernier dispose en outre, uniquement d'un pouvoir de constat. Ainsi que l'a souligné le Professeur Robert, le Conseil a : « *simplement à prendre acte d'une situation, de fait ou de droit – qui rend pour l'avenir impossible l'exercice de la fonction de membre* »¹⁵⁸⁷. C'est en effet le sens qu'il convient *a priori* d'attacher, à l'emploi du verbe « *constater* ». Dérivé du latin « *constat* » qui signifie : « *Il est certain* », ce terme s'entend en droit strict, du fait de : « *consigner dans un acte rédigé dans les formes par l'autorité compétente* »¹⁵⁸⁸. Un rapprochement est ici envisageable avec l'irrévocabilité médiane des membres des autorités administratives indépendantes. Il s'agit pour le collège de tirer les conséquences nécessaires de situations légales et objectives. La seule difficulté dans la mise en œuvre de ces dispositions, réside dans l'absence de précision s'agissant de la majorité requise pour constater la démission d'office. Une majorité des auteurs cités, se prononce néanmoins en faveur de la règle de la majorité absolue.

La seconde série d'hypothèses concerne l'éviction des membres du Conseil, pour motifs disciplinaires. Deux articles s'y rapportent au sein de l'ordonnance organique. Son article 3 dispose d'une part, que les conseillers prêtent un serment avant leur entrée en fonction, suivant lequel : « *Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position politique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil* ». Son article 7 opère d'autre part, un renvoi à un décret pris en conseil des ministres sur proposition du Conseil constitutionnel,

¹⁵⁸⁷ J. Robert, *La démission du président du Conseil constitutionnel*, in *Liber amicorum Jean Waline, Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, Paris, 2002, p. 90.

¹⁵⁸⁸ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd., 1994.

pour définir : « *les obligations imposées aux membres du Conseil, (destinées à garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions)* ». Mais aucune procédure disciplinaire, ni même aucune sanction, n'est explicitement prévue par l'ordonnance, en cas de non respect du serment ou des autres obligations. Il est finalement revenu au décret pris pour l'application de l'article 7, d'apporter des éléments de réponse. Selon les articles 5 et 6 du décret du 13 novembre 1959, il appartient au collège d'apprécier le manquement, puis de se prononcer sur celui-ci, « *au scrutin secret à la majorité des membres le composant* ». Le Conseil constitutionnel est ainsi clairement habilité à porter un jugement sur l'attitude de ses membres, au regard des obligations qui leur sont imparties par les textes. Pour autant, l'accomplissement de cette formalité reste insuffisant pour obtenir l'éviction d'un conseiller. L'article 7 du décret procède à son tour à un renvoi à la procédure de la démission d'office, afin de tirer les conséquences de la première phase. Ce faisant, les membres du Conseil jouissent à nouveau d'une double protection en matière disciplinaire. Ils bénéficient dans un premier temps, de la garantie d'un jugement par les pairs, puis, dans un second temps, de l'obligation pour ceux-ci de se prononcer par un vote séparé sur la démission d'office.

458. Les membres du Conseil constitutionnel disposent ainsi, d'après les textes qui les régissent, d'une garantie au moins équivalente à l'inamovibilité des magistrats du siège. Or, la pratique conduit à conforter cette protection, comme a pu l'attester l'évolution et le dénouement de « *l'affaire Dumas* », à la fin du siècle dernier. Roland Dumas, président du Conseil constitutionnel depuis 1995, avait été mis en examen le 29 avril 1998, pour « *recel et complicité d'abus de biens sociaux* ». En raison de son intention de conserver son mandat jusqu'à son terme, prévu en 2004, la question de son maintien en fonctions devait engendrer une vive polémique. Une partie de la classe politique, soucieuse de « *garantir l'indépendance et la dignité* » de l'institution, devait appeler le chef de l'Etat à le « *démissionner d'office* ». Le Président de la République ne tenait expressément un tel pouvoir, ni du titre VII de la Constitution, ni de l'ordonnance ou du décret pris pour son application. Mais il existait un précédent. François Mitterrand avait obtenu en 1986, la démission de Daniel Mayer de la présidence du Conseil, afin de le remplacer par Robert Badinter. Cette mesure fut néanmoins vivement critiquée, certains auteurs y voyant une « *fraude à la Constitution* », un moyen détourné de révocation¹⁵⁸⁹. En toute hypothèse, bien que non négligeables, les conséquences de cette démission restaient limitées. D'une part, la perte de la fonction de président n'entraîne pas celle de conseiller. L'article 56 de la Constitution peut être interprété, d'autre part, comme autorisant le chef de l'Etat à choisir le président du Conseil constitutionnel, après

¹⁵⁸⁹ M. Duverger, *Une fraude à la Constitution*, Le Monde, 22 février 1989 ; F. Luchaire, *Réponse à M. Duverger*, Le Monde, 26 février 1989.

chaque renouvellement triennal. De manière plus radicale, certaines personnalités politiques n'hésitèrent pas invoquer l'article 5 de la Constitution sur le fonctionnement régulier des pouvoirs publics. L'ancien Président Valéry Giscard d'Estaing se prononçait ainsi dès le 8 novembre 1998, jugeant qu'en cas de dysfonctionnement de l'institution : « *Le président de la République peut mettre fin aux fonctions* » du président du Conseil constitutionnel¹⁵⁹⁰. L'ancien garde des Sceaux Alain Peyrefitte, se positionnait dans le même sens le mois suivant, soulignant toutefois qu'il : « *ne doit pas être nécessaire de faire appel à un marteau-pilon pour écraser un moucheron* »¹⁵⁹¹.

Malgré ces appels, Roland Dumas devait se maintenir en fonctions pendant deux années encore. Interrogé sur le sujet, lors de son intervention télévisée du 14 juillet 1998, le Président Jacques Chirac estimait son immixtion inutile, à partir du moment où le Conseil rendait ses décisions en temps voulu et travaillait sans entrave¹⁵⁹². Soucieux de préserver la crédibilité du Conseil, Alain Peyrefitte renvoyait pour sa part à ce dernier, le soin de provoquer l'ingérence du chef de l'Etat. L'ancien ministre préconisait le retrait volontaire et provisoire de trois membres, afin que le *quorum* prévu par l'article 14 de l'ordonnance organique, ne soit plus atteint. Cinq jours avant la démission de Roland Dumas, le 25 février 2000, le Gouvernement écartait plus explicitement la compétence du Pouvoir politique. En réponse à une question d'un sénateur, le garde des Sceaux répondait par une autre interrogation, suivie d'une réponse : « *que deviendrait l'indépendance des juridictions, et, au premier chef de la plus haute d'entre elles, si l'exécutif ou le législatif avaient le pouvoir de démissionner d'office son président... ? Assurément, nous ne serions plus dans un état de droit* »¹⁵⁹³. Elisabeth Guigou poursuivait ensuite, en rappelant la procédure disciplinaire organisée par les textes, et la compétence exclusive du collège pour juger ses pairs. Or, les autres membres semblent toujours s'être refusés à statuer sur le cas de Roland Dumas. A cela deux raisons conjuguées, indirectement avancées par le Professeur Robert, conseiller de 1989 à 1998. Evoquant le fonctionnement interne du Conseil, celui-ci a pu témoigner à l'issue de son mandat, de : « *l'amitié qui existe d'emblée entre les neuf*

¹⁵⁹⁰ Giscard : *Dumas doit partir*, Libération, 9 novembre 1998 ; E. Mandonnet, *Chirac à mi-chemin*, L'Express, 12 novembre 1998.

¹⁵⁹¹ A. Peyrefitte, *Le Conseil constitutionnel exige un président au-dessus de tout soupçon*, interview à Marianne, 21 décembre 1998.

¹⁵⁹² Intervention télévisée de Jacques Chirac, Président de la République, à l'occasion de la fête nationale, www.elysee.fr, 14 juillet 1998.

¹⁵⁹³ E. Guigou, garde des Sceaux, réponse à la question au Gouvernement n° 0283G, posée par H. de Raincourt, JO, Sénat, 25 février 2000, p. 962.

membres...une amitié instinctivement formidable »¹⁵⁹⁴. Quatre ans plus tard, il légitimait l'abstention du collègue, en dénonçant la notion d'atteinte à la « *dignité* » de la fonction qui aurait pu servir à fonder la démission d'office. L'auteur expliquait alors : « *combien il est difficile, dans le cadre d'une notion si aléatoire et si imprécise, de porter – à la majorité simple – un jugement objectif équitable et nuancé* »¹⁵⁹⁵. Le collègue semble alors préférer l'exercice d'une magistrature de persuasion, à la mise en œuvre de la procédure disciplinaire prévue par les textes¹⁵⁹⁶. Dans ce contexte, Roland Dumas s'est lui-même décidé à se mettre en congé du Conseil, le 23 mars 1999¹⁵⁹⁷. S'il cessait de siéger, il n'en demeurerait pas moins président et membre de l'institution. Finalement, c'est encore de son propre ressort qu'il a choisi de démissionner le 1^{er} mars 2000, suite à son renvoi devant le tribunal correctionnel¹⁵⁹⁸.

459. La situation des anciens Présidents de la République, mérite plus précisément de faire l'objet d'un examen spécifique. L'article 56 alinéa 2 de la Constitution prévoyant qu'ils « *font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel* », est interprété par une majorité de la doctrine, comme leur conférant une irrévocabilité absolue et à vie. Il existe en premier lieu un doute, sur la soumission des membres de droit, à tout ou partie des obligations statutaires. A la différence des conseillers nommés, ils sont effectivement dispensés de la prestation de serment, précédant l'entrée en fonction. S'inscrivant dans une certaine ligne doctrinale, le Conseil constitutionnel a certes considéré, dans une décision du 7 novembre 1984, que : « *sous la seule réserve de la dispense de serment expressément prévue par l'article 3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958,...*(ils sont) *soumis aux mêmes obligations que les autres membres* ». Mais cette solution est néanmoins critiquable, en dépit de l'autorité attachée à l'article 62 de la Constitution. Comme le relève avec justesse Dominique Rousseau, le serment a pour fonction de lier les membres nommés au respect des obligations prévues par les textes. Certains devoirs, telle l'obligation de

¹⁵⁹⁴ J. Robert, *Neuf années au Conseil constitutionnel. Débat entre J. Robert et D. Rousseau*, RDP, 1998, p. 1749.

¹⁵⁹⁵ J. Robert, *La démission du président...*, *op. cit.*, pp. 89-92.

¹⁵⁹⁶ Selon Guy Carcassonne : « *Il semble que ce soit en usant, avec tact, du moyen de pression mis à leur disposition que les membres du Conseil ont convaincu Roland Dumas de se mettre en congé...puis de démissionner* », in *La Constitution*, Seuil, Points essais, Paris, 7^e éd., 2005, p. 269.

¹⁵⁹⁷ Voir le communiqué de presse de Roland Dumas, du 23 mars 1999, et celui du Conseil constitutionnel, du 24 mars 1999, www.conseil-constitutionnel.fr.

¹⁵⁹⁸ Roland Dumas a démissionné de ses fonctions, en application de l'article 9 de l'ordonnance organique, suivant lequel : « *Un membre du Conseil constitutionnel peut démissionner par une lettre adressée au Conseil* ». Certains auteurs ont néanmoins souligné la pression amiable exercé par les autres membres du collège, afin d'arriver à ce dénouement : J. Robert, *op. cit.*, p. 91 ; G. Carcassonne, *op. cit.*, p. 269.

discrétion, figurent d'ailleurs uniquement dans la formule de celui-ci. L'interprétation du Conseil constitutionnel revient dès lors à dénaturer le sens et la portée de l'idée même de serment. Mais il existe surtout, en second lieu, une certitude de la doctrine concernant la sanction d'éventuels manquements. La totalité des auteurs s'accorde sur l'inapplicabilité de la démission d'office aux membres de droit, du fait de leur appartenance à vie au Conseil¹⁵⁹⁹. Ce dernier paraît avoir pleinement adhéré à cette conception, ainsi que le démontre l'extrême souplesse avec laquelle il a accueilli les écarts successifs de Valéry Giscard d'Estaing. Dans sa décision précitée de 1984, le Conseil a effectivement écarté de façon implicite le principe d'une démission de l'ancien Président, susceptible d'être impliquée par son élection à l'Assemblée nationale. Celui-ci perdait tout au plus le droit de siéger, quand bien même il n'avait pas demandé conformément aux textes, sa mise en congé de l'institution avant le début de la campagne électorale¹⁶⁰⁰. Vingt ans plus tard, le même n'a encouru aucune sanction pour avoir participé à la campagne référendaire de 2005, et avoir soutenu publiquement la candidature de Nicolas Sarkozy à l'élection présidentielle. Le 19 avril 2007, ses pairs se sont simplement « *émus unanimement* » à son égard, pour n'avoir « *pas respecté l'obligation de réserve à laquelle sont astreints* » les membres du Conseil constitutionnel¹⁶⁰¹.

Cet état du droit se révèle très protecteur. Il implique notamment qu'un ancien Président de la République qui aurait été destitué en vertu de l'article 68 de la Constitution, pourrait néanmoins appartenir à vie au Conseil¹⁶⁰². Faute de pouvoir être « *démissionné d'office* » par le collège, un membre de droit semble en effet, uniquement pouvoir être empêché de siéger temporairement ou définitivement. Il peut en aller ainsi, dans les trois hypothèses légales et objectives étudiées en amont. Un membre de droit qui souffrirait d'une « *incapacité physique permanente* », au sens de l'ordonnance organique, se trouverait naturellement placé dans l'impossibilité de participer aux séances du Conseil. De la même façon, un conseiller

¹⁵⁹⁹ A.-M. Le Bos-Le Pourhiet, *Les membres de droit du Conseil constitutionnel*, Revue administrative, n° 233, 1986, p. 456 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux...*, op. cit., 8^e éd., 2008, pp. 51-52 ; J. Gicquel, J.-E. Gicquel, op. cit., 22^e éd., 2008, p. 743.

¹⁶⁰⁰ CC, décision n° 84-983 L du 7 novembre 1984, dite « *A.N. Puy-de-Dôme (2^e circ.)* », cons. 4, 5, et 6.

¹⁶⁰¹ Valéry Giscard d'Estaing rappelé à l'ordre par le Conseil constitutionnel, Nouvel Obs, 20 avril 2007 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux...*, op. cit., pp. 51 ; J. Gicquel, J.-E. Gicquel, op. cit., p. 743.

¹⁶⁰² Lors de la séance du 5 août 1858, le Comité consultatif constitutionnel avait pourtant adopté un amendement de François Valentin, visant à écarter les anciens Présidents, dont les fonctions auraient pris fin pour « *haute trahison* ». Voir : DPS, vol. II, 1988, p. 170. Cette mesure n'a cependant pas été maintenue, dans la version finale du projet de Constitution, soumise et adoptée par référendum.

qui aurait été privé de la « *jouissance (de ses) droits civils et politique* », se verrait interdire l'exercice de ses fonctions. Cette dernière possibilité, sans incidence sur un président destitué, permettrait toutefois d'écarter un chef de l'Etat condamné par la Cour pénale internationale en application de l'article 53-2 de la Constitution. Enfin, le Conseil constitutionnel s'est clairement prononcé dans le sens d'une impossibilité de siéger en matière d'incompatibilités, dans sa décision du 11 janvier 1995. Dès lors qu'un ancien Président de la République exerce un mandat ou une fonction, incompatible avec ses fonctions de membre de droit, il a effectivement jugé que l'article 56 de la Constitution et l'article 4 de la loi organique, doivent être regardés : « *comme faisant seulement obstacle à ce qu'il siége* »¹⁶⁰³. Mais en revanche, force est de constater à titre de conclusion, qu'un membre de droit du Conseil constitutionnel, ne peut pas être empêché de siéger pour des raisons disciplinaires. Son irrévocabilité concerne dans ce domaine précis, non seulement son appartenance au Conseil constitutionnel, mais aussi sa participation effective aux travaux de ce dernier.

¹⁶⁰³ CC, décision n° 94-354 DC du 11 janvier 1995, dite « *Loi organique relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel* », cons. 12.

CHAPITRE 2 . L'INAMOVIBILITE CONCURRENCEE EN TANT QUE PROTECTION FONCTIONNELLE

460. Selon le Professeur Perrot, « Une analyse rapide des textes pourrait donner à penser que (les juges de l'ordre administratif) échappent à (l'inamovibilité). Tout le monde, en effet, est d'accord pour admettre que la notion de « magistrats du siège » dont il est question à l'article 64 de la Constitution ne concerne que les seuls magistrats du siège de l'ordre judiciaire, à l'exclusion des juges de l'ordre administratif. Et comme par ailleurs aucune des dispositions qui régissent les différentes juridictions administratives ne fait expressément référence à la notion d'inamovibilité, on est porté à en déduire que (ces juges) ne bénéficient pas de cette garantie fondamentale, si ce n'est les magistrats de la Cour des comptes »¹⁶⁰⁴. Le soutien d'un tel raisonnement, s'il n'était le reflet de l'histoire, rendrait assurément illusoire l'idée d'une concurrence entre l'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, et les garanties d'éviction reconnues aux membres des juridictions de l'ordre administratif. La légèreté de la démonstration s'explique en effet, par l'axiome qui sous-tend le système hexagonal de justice administrative, à savoir la « conception française de la séparation des pouvoirs »¹⁶⁰⁵. Dès le début de la Révolution, l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 avait posé le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, interdisant aux juges « inamovibles » de s'immiscer dans le fonctionnement de l'administration active. Les partisans de la juridiction administrative vinrent ensuite théoriser à partir de la Restauration, la séparation des juridictions judiciaires et administratives sur la base de l'adage : « juger l'administration c'est encore administrer », justifiant le refus d'octroyer l'inamovibilité aux membres du Conseil d'Etat et des conseils de préfecture¹⁶⁰⁶.

¹⁶⁰⁴ R. Perrot, *op. cit.*, 12e éd., 2006, pp. 302-303.

¹⁶⁰⁵ CC, décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, « Conseil de la concurrence », cons. 15.

¹⁶⁰⁶ Ainsi que le soulignaient Jean-Marie Auby et Roland Drago en 1984 : « *La raison essentielle qui s'oppose à la consécration législative ou constitutionnelle* » de l'inamovibilité des membres des juridictions administratives, « *est que le Conseil d'Etat (et les tribunaux administratifs) continue(nt) d'être (des) organe(s) du pouvoir exécutif* ». Voir : *Traité de contentieux administratif*, t. 1, LGDJ, Paris, 3^e éd., 1984, p. 252.

Mais au cours des décennies, la justice administrative s'est progressivement rapprochée de l'Autorité judiciaire sur le plan fonctionnel. Le Doyen Vedel a pu ainsi écrire avec justesse, dans son commentaire croisé des arrêts « *Septfonds* » et « *Barinstein* » : « *Dans la première moitié du XIXe siècle, les tribunaux judiciaires avaient pu paraître l'« asile » des citoyens menacés de l'arbitraire administratif. Dès le début du XXe siècle, il était évident que la juridiction administrative ne défendait pas moins qu'eux, aussi efficacement, et plus vigoureusement, les droits et libertés* »¹⁶⁰⁷. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs tenu compte de cette évolution, dans sa décision « *validation d'actes administratifs* » du 22 juillet 1980, en consacrant à l'échelon constitutionnel, l'égalité d'indépendance fonctionnelle des deux ordres de juridictions¹⁶⁰⁸. La portée du principe de séparation s'est dès lors trouvée fortement relativisée, ouvrant la voie vers une certaine « *banalisation* » du statut de la juridiction administrative¹⁶⁰⁹.

461. C'est dès lors en bonne logique que, forte de sa symbolique, l'inamovibilité est venue accompagner ce lent mouvement. Mais il convient de comprendre alors, que cette protection ne fait pas figure de corollaire d'un « *juge-Dieu* »¹⁶¹⁰, comme c'est traditionnellement le cas au sein de l'ordre judiciaire. Quand bien même elle vise essentiellement, en tant que garantie « statique », à assurer l'indépendance organique du juge, elle reste justifiée au préalable, par le souci de conforter l'indépendance fonctionnelle de celui-ci. Cette inamovibilité constitue ainsi, autant un moyen de l'indépendance du juge, pour l'exercice de la fonction juridictionnelle, que la condition d'une « magistrature » administrative, au sens judiciaire du terme. Au-delà, dans la mesure où elle ne traduit pas un dogme, elle ne dispose pas non plus d'un fondement exprès et uniforme dans la Constitution, ou au sein d'un statut organique applicable à l'ensemble des membres des juridictions administratives. Elle rejoint bien au contraire cette singularité britannique de l'approche du droit, dont le Professeur Boutmy vantait les mérites au début du siècle dernier¹⁶¹¹. C'est ainsi que, surpassant d'une certaine manière son modèle insulaire,

¹⁶⁰⁷ G. Vedel, *De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires)*, JCP, 1948.I.682.

¹⁶⁰⁸ CC, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, « *Validation d'actes administratifs* », cons. 6.

¹⁶⁰⁹ J. Chevallier, *Séparation des autorités*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 1406.

¹⁶¹⁰ P. Draï, premier président de la Cour de cassation, *Prière pour nos juges, prière à nos juges*, 1990, année du bicentenaire de la création du Tribunal de cassation (Loi des 27 novembre – 1^{er} décembre 1790), Discours prononcé lors de l'Audience solennelle de début d'année judiciaire, 8 janvier 1990, www.courdecassation.fr.

¹⁶¹¹ E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, Librairie Armand Colin, Paris, 1903, pp. 75-77.

l'inamovibilité dans l'ordre administratif se trouve caractérisée à la fois par son caractère plural, en raison des différents corps qui le composent (**Section 1**), et par une unité normative assurée par l'inamovibilité « coutumière » des membres du Conseil d'Etat, dont il appartiendra d'apprécier la valeur juridique réelle (**Section 2**).

SECTION 1 . L'ordre administratif, réseau d'inamovibilités

462. L'ordre juridictionnel administratif se trouve caractérisé par sa diversité. Au lieu d'être composé comme l'ordre judiciaire, d'un seul corps de « magistrats »¹⁶¹², il en comprend quatre. Il s'agit d'une part des deux corps de « magistrats » administratifs, qui recouvrent les membres du corps du Conseil d'Etat et ceux du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Il s'agit d'autre part des deux corps de « magistrats » financiers, qui regroupent les membres du corps de la Cour des comptes et ceux du corps des chambres régionales des comptes¹⁶¹³. Cette disparité se trouve renforcée par des divergences de qualité non négligeables, bien que les membres des quatre corps puissent être qualifiés, là encore par opposition aux magistrats de l'ordre judiciaire, de fonctionnaires. Les membres du premier corps sont en effet des « fonctionnaires », ceux du second sont des « fonctionnaires » qui deviennent des « magistrats » lorsqu'ils exercent des fonctions juridictionnelles, ceux du troisième sont d'anciens « magistrats » hérités de l'Ancien Régime et devenus des « magistrats fonctionnaires », et les membres du dernier sont des « fonctionnaires magistrats ». Dès lors, s'ils sont tous soumis au Statut général de la fonction publique à titre subsidiaire, ils relèvent chacun de manière principale, d'un statut spécial fonction de leur qualité.

¹⁶¹² Bien que cette appellation apparaisse inappropriée, en l'état des qualifications données par le droit positif, elle sera néanmoins utilisée ici, dans un souci de clarté. Dans leur ouvrage sur *La discipline des juges*, Guy Canivet et Julie Joly-Hurard justifient un choix analogue, de la manière suivante : « pour des commodités d'écriture, nous avons pris le parti de recourir malgré tout à l'expression générique de magistrats pour désigner, dans leur globalité et leur variété, tous les membres qui composent les juridictions de l'ordre administratif (du moins celles visées dans l'introduction du titre I, en note de bas de page), même si l'on est conscient du fait que cette expression n'est pas familière en droit administratif et plus encore, que la question de l'attribution de la qualité de magistrat aux membres des différents corps des juridictions administratives a souvent été posée ». Voir : *La discipline des juges judiciaires, administratifs et de comptes*, Litec, Litec professionnels, Paris, 2007, pp. 83-84.

¹⁶¹³ Comme l'affirment Guy Canivet et Julie Joly-Hurard : « Que l'on ne se méprenne pas : les magistrats de la Cour des comptes comme ceux des Chambres régionales et territoriales des comptes sont des magistrats de l'ordre administratif ». Voir : *La discipline des juges...*, *op. cit.*, p. 8. Telle semble d'ailleurs être l'opinion défendue par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, dite « LOLF », cons. 105 et 106.

Il en résulte en conséquence, des différences de situation vis-à-vis de l'inamovibilité. Alors que les membres de la Cour des comptes et des chambres régionales de comptes, bénéficient d'une inamovibilité expresse en vertu des articles L. 112-1 et L. 212-8 du code des juridictions financières, les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel seraient inamovibles dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, d'après l'article L. 231-3 du code de justice administrative. Les membres du Conseil d'Etat ne jouiraient quant à eux, ni d'une garantie expresse, ni d'une garantie implicite. La réalité se veut à la fois plus simple et plus complexe, puisque les trois premiers corps de magistrats disposent d'une inamovibilité de droit (§ 1), tandis que les membres du Conseil d'Etat ont acquis le bénéfice d'une inamovibilité de fait (§ 2).

§ 1 . L'inamovibilité de droit des « magistrats » de l'ordre administratif

463. La notion d'inamovibilité de droit ne saurait être confondue avec celle d'inamovibilité expresse. Si les deux sont liées à la lettre du statut applicable, la première s'attache beaucoup moins à l'affirmation péremptoire de la garantie, qu'à la réunion des règles qui la composent. C'est ainsi que les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel peuvent être placés de ce point de vue, sur le même plan que les membres des juridictions financières. Les rédacteurs de leur statut ont été animés par une même volonté officielle de les faire bénéficier de l'inamovibilité. Pour autant, il convient d'opérer une distinction entre les bénéficiaires d'une garantie intégrale (A), et partielle (B).

A . Les bénéficiaires d'une inamovibilité intégrale

464. Le champ *ratione personae* des bénéficiaires d'une inamovibilité intégrale, recouvre les corps qui entretiennent des liens de parenté avec l'ordre judiciaire : en l'occurrence ceux des juridictions financières. Si les magistrats de la Cour des comptes restent les destinataires historiques de cette garantie (1°), les membres des chambres régionales des comptes en jouissent de manière continue depuis leur apparition en 1982 (2°).

1°) Les membres du corps de la Cour des comptes avant 2006

465. La Cour des comptes trouve son origine au XIIIe siècle, dans la scission de la *Curia regis* en trois formations distinctes. Tandis que la *Curia in consilio* continuait à assurer auprès du roi, la fonction « *devenue essentielle et surtout*

permanente de conseil »¹⁶¹⁴, les deux autres démembrements acquerraient progressivement une certaine autonomie, liée à la technicité des matières qu'elles étaient amenées à connaître. C'est ainsi que, parallèlement à la *Curia in parlamento*, « la cour en son assise de jugement », devait émerger la *Curia in comptis*, « la cour en sa fonction financière des comptes ». Cette dernière formation a dès lors vu son indépendance se renforcer, suivant un schéma identique à celui de son illustre sœur. A l'instar de celle-ci, la *Curia in comptis* bientôt appelée *camera compotorum*, serait devenue sédentaire sous le règne de Saint-Louis, en 1256¹⁶¹⁵. De la même façon, la Chambre des comptes de Paris a vu son action complétée au-delà de son ressort territorial, par la création de nouvelles chambres à travers le royaume. La juridiction des comptes comprit de la sorte, jusqu'à treize sièges à la fin de l'Ancien Régime¹⁶¹⁶. Enfin et surtout, les *magistri compotorum* qui composaient ces chambres, se virent reconnaître le bénéfice de la garantie prévue par l'édit du 21 octobre 1467. Une réelle proximité unissait ainsi à la veille de la Révolution, les magistrats des comptes et les magistrats parlementaires. Comme eux, ils appartenaient à des cours souveraines, comme eux, ils étaient inamovibles en droit, comme eux, la patrimonialité des offices leur assurait une protection absolue contre les risques d'éviction par le Pouvoir royal, et avec eux, ils avaient pris part au « Procès des trois cents ans »¹⁶¹⁷.

Lorsque survint la Révolution, les chambres des comptes subirent dans ces conditions, un sort équivalent à celui des autres cours souveraines, suspectées de contester l'autorité de la Constituante. Un décret des 4 juillet et 25 août 1791 leur enjoignit de cesser toute activité. Par la loi des 17 et 29 septembre 1791, l'Assemblée s'estima compétente pour examiner et « *apurer définitivement par elle-même les comptes de la Nation* », créant à cette fin et sous son contrôle, un « *bureau de comptabilité* » comprenant quinze membres nommés par le roi. Dépourvue de caractère juridictionnel, étroitement soumise à l'Assemblée nationale, et composée de membres amovibles, cette instance jouissait d'une indépendance relative. La

¹⁶¹⁴ A. Rigaudière, *op. cit.*, 3^e éd., 2006, p. 325.

¹⁶¹⁵ Dans leur *Encyclopédie*, D'Alembert et Diderot ont effectivement souligné : « *Il paraît que la Chambre des comptes était sédentaire sous le règne de Saint-Louis ; il se trouve une ordonnance de ce prince, de l'an 1256, qui ordonne aux mayeurs et prudhommes de venir compter devant les gens des comptes à Paris, preuve certaine que ce tribunal a été dès lors établi* ». Cité in P. Escoube, *Les grands corps de l'Etat*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1971, p. 38. Mais selon Dalloz Aîné, cette interprétation serait partiellement erronée. La Chambre serait seulement devenue sédentaire en 1319, sous le règne de Philippe V. Voir : M.D. Dalloz, *Cour des comptes*, in Dalloz Aîné, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. XIV, Imprimerie de Pillot Fils Aîné, Paris, 1853, p. 502.

¹⁶¹⁶ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 82.

¹⁶¹⁷ Cf. Partie I, titre I, chapitre 1 de la thèse.

Constitution du 5 fructidor an III devait partiellement y remédier, en instituant une « *Commission de comptabilité nationale* » distincte du Parlement. Les cinq commissaires la composant, étaient cependant « *élus par le corps législatif* », et susceptibles d'être « *suspendus* » ou « *destitués* » par ce dernier¹⁶¹⁸. Il faudra attendre l'avènement du Premier Empire, pour voir l'état du droit évoluer. Soucieux de restaurer la dignité judiciaire, condition de légitimation et de stabilité du nouveau régime, Napoléon I^{er} devait finalement se prononcer en faveur du retour au moins apparent, à un contrôle juridictionnel des comptes. La loi du 16 septembre 1807 créant la Cour des comptes, prévoyait dans son article 7, que celle-ci : « *prend rang immédiatement après la Cour de cassation et jouit des mêmes prérogatives* ». Son article 6 disposant que : « *Les membres de la Cour des comptes sont nommés à vie par l'Empereur* », une grande partie de la doctrine les reconnut comme inamovibles en droit¹⁶¹⁹.

466. A compter de ce moment là, l'inamovibilité des membres de la Cour des comptes a été affirmée presque sans interruption, par les régimes qui se sont succédés jusqu'à la V^{ème} République. La première période, comprise entre la Première Restauration et la III^{ème} République, a été caractérisée par une consécration implicite au niveau constitutionnel. Les dispositions constitutionnelles relatives à « *l'ordre judiciaire* », sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, au « *pouvoir judiciaire* » pendant les Cent-Jours et la Seconde République, et à la « *magistrature* » durant le Second Empire, avaient semble-t-il vocation à s'appliquer aux membres de la Cour de comptes. Cette interprétation ressortait sans trop d'ambiguïté, de l'article 87 de la Constitution du 4 novembre 1848. Intégré dans un chapitre VIII intitulé « *Du Pouvoir judiciaire* », celui-ci prévoyait effectivement que : « *Les juges de première instance et d'appel, les membres de la Cour de cassation, et de la Cour des comptes, sont nommés à vie* ». Couvrant les IV^{ème} et V^{ème} Républiques, la seconde période a été marquée à l'inverse, par une reconnaissance expresse et législative de cette garantie. C'est ainsi que la loi du 19 octobre 1946, l'ordonnance du 4 février 1959 et la loi du 11 janvier 1984, ont invariablement affirmé que : « *Les magistrats de la Cour des comptes sont et demeurent inamovibles* »¹⁶²⁰. Dans le sillon de ces premiers textes relatifs à la fonction publique générale, les textes spécifiques à la

¹⁶¹⁸ Articles 321 et 325 de la Constitution du 5 fructidor an III.

¹⁶¹⁹ Pour un ouvrage de référence : J. Magnet, *La Cour des comptes : les institutions associées et les chambres régionales des comptes*, Berger-Levrault, L'Administration nouvelle, Paris, 5^e éd., 2001, p. 55.

¹⁶²⁰ Article 5 alinéa 2 de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires ; article 5 alinéa 2 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires ; et article 11 alinéa 2 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, abrogé par la loi n° 94-1040 du 2 décembre 1994.

Cour des comptes sont venus réaffirmer le bénéfice de cette garantie. L'article 2 de la loi du 22 juin 1967¹⁶²¹, repris par l'article L. 112-1 du code des juridictions financières jusqu'en 2006, a ainsi prévu que : « *Les membres de la Cour des comptes ont la qualité de magistrats. Ils sont et demeurent inamovibles* ».

La reconnaissance expresse de cette protection en faveur des magistrats financiers, ne saurait cependant induire en erreur. S'ils étaient déclarés inamovibles comme les magistrats du siège de l'ordre judiciaire, les conditions de mise en œuvre de cette garantie se sont révélées beaucoup plus favorables à leur égard. Pour des raisons aussi bien politiques que techniques, les membres de la Cour des comptes ont bénéficié d'une stabilité sans équivalent, de sorte que le Professeur Lavigne a pu raisonnablement affirmer en 1981, que : « *Nul n'est plus inamovible en France que les magistrats-fonctionnaires de la Cour des comptes* »¹⁶²².

467. Pour reprendre la formule de Jacques Magnet, les membres de la Cour des comptes sont inamovibles en ce qu'ils : « ont un droit personnel non seulement à leur grade, comme tout fonctionnaire, mais encore à leur emploi, dont ils ne peuvent être ôtés contre leur gré, sauf faute disciplinaire »¹⁶²³. Cette définition, bien que critiquable par certains aspects, a le mérite de rappeler le lien qui unit cette garantie à la discipline [garantie juridictionnelle]. Préservé des évictions arbitraires, le magistrat n'en reste pas moins responsable et révocable. Cette idée ressortait d'ailleurs de l'ordonnance du 21 octobre 1467, par lequel le roi assurait ne donner aucun office : « s'il n'est vaquant...par forfaiture préalablement jugée ». Or, force est de constater que l'esprit de cette formule n'a pas été repris par la loi du 16 septembre 1807. Son article 10 disposait simplement que : « Le Premier président a la police et la surveillance générale ». Cette disposition fut ultérieurement complétée en matière disciplinaire, par l'article 35 du décret du 28 septembre 1807. Selon celui-ci : « Le Premier président pourra appeler ceux des référendaires qui ne rempliraient pas leur devoir et leur donner les avertissements nécessaires. Il pourra, en cas de récidive, après avoir entendu le référendaire, en présence des présidents et du procureur général, le censurer. Enfin, si, par la gravité des circonstances, il y a lieu à la privation temporaire de traitement ou à la suspension de fonctions, il en fera son rapport au ministre des finances ». Si ce texte avait a priori vocation, à organiser le régime de responsabilité des membres de la Cour des comptes, il se révélait

¹⁶²¹ Article 2 alinéa 2 de la loi n° 67-483 du 22 juin 1967 relative à la Cour des comptes, JO du 23 juin 1967, p. 6211.

¹⁶²² P. Lavigne, *op. cit.*, p. 166.

¹⁶²³ J. Magnet, *La Cour des comptes et les institutions associées : traité de la juridiction financière et des fonctions annexes*, Berger-Levrault, L'Administration nouvelle, Paris, 2^e éd., 1971, p. 65.

cependant insuffisant. En visant expressément les conseillers-référendaires chargés des rapports, il excluait d'une part les conseillers-maîtres ayant voix délibérative, et exerçant de ce fait la fonction de jugement. Les sanctions susceptibles d'être prononcées, l'organe disciplinaire et la procédure applicable devant lui, apparaissaient d'autre part trop indéterminés, voire inexistantes. Bien plus qu'inamovibles, les membres de la Cour des comptes demeurèrent en conséquence irrévocables en droit, pendant les quatre premières décennies de son existence.

La question de l'organe disciplinaire compétent, devait seulement se poser en 1829, à l'occasion d'une affaire de refus d'avancement. Nommé conseiller référendaire de première classe en 1807, puis de seconde classe l'année suivante, l'ancien jacobin Paulin Crassous s'était distingué dans l'exercice de ses fonctions, par l'utilisation récurrente de proverbes crus et de termes en usage sous la Révolution et le Premier Empire. L'intéressé n'ayant obtenu après vingt années de référendariat, aucune promotion aux fonctions de conseiller-maître, prit soin d'écrire directement au roi et au ministre des finances. Il justifia alors sa requête en ces termes : « *Après avoir épuisé tous les moyens imaginables d'obtenir justice sans éclat, il ne me reste plus que la voie de la publicité. Je suis profondément peiné d'employer cette voie. Je ne m'en console que par le témoignage de ma conscience, qui n'est pas celle du vindicatif et implacable vieillard [le premier président de la Cour] né pour mon malheur et pour le malheur de l'honorable compagnie dont il se trouve fatalement le chef* »¹⁶²⁴. Ayant reçu copie de cette lettre, et se jugeant offensé par la teneur de tels propos, le Premier président de la Cour des comptes Barbé-Marbois, entendit engager une procédure disciplinaire. L'affaire fut soumise à une commission *ad hoc* composée de deux présidents de chambre, du procureur général et du doyen d'âge, laquelle prononça la suspension des fonctions pour une année, ainsi que la privation de traitement et l'interdiction d'entrer à la Cour pendant la même durée. La délibération fut transmise au ministre des finances, puis approuvée par le roi en son conseil, le 15 avril 1829. Cette sanction ayant été dénoncée devant la Chambre des députés comme étant inconstitutionnelle, faute de jugement et d'audition préalable de l'intéressé, le ministre des finances devait enterrer l'affaire, en répondant simplement que la : « *commission de discipline avait été régulièrement constituée et sa décision régulièrement approuvée par le Roi en son conseil* »¹⁶²⁵. Le décès de Paulin Crassous survenu le 26 octobre suivant, mit fin au débat, et l'arrêt du 15 avril 1829 ne semble pas avoir fait jurisprudence. Pour autant, cette solution n'est pas sans rappeler la controverse qui a marqué la fin de l'Ancien Régime. Confronté à

¹⁶²⁴ Cité in : A. Crépey, J. Elie (dir.), *La Cour des comptes*, Editions du CNRS, Histoire de l'administration française, Paris, 1984, p. 431.

¹⁶²⁵ Réponse du ministre des finances, le comte Roi, aux critiques formulées devant le Chambre des députés par le député Bérenger, le 5 juin 1829. Citée in *ibid.*, p. 431.

l'irrévocabilité de fait des magistrats des parlements, et *a fortiori* à celle des magistrats des chambres des comptes de l'époque, le roi avait vainement cherché à imposer sa compétence disciplinaire, pour évincer ceux-ci. C'était ici faire preuve, d'une interprétation extensive de l'article 57 de la Charte, d'après lequel : « *Toute justice émane du roi* ».

468. Il fallut dès lors attendre l'avènement de la Seconde République, pour voir l'irrévocabilité de droit des membres de la Cour des comptes évoluer vers l'inamovibilité. Le décret du 17 avril 1848 déclarant cette garantie incompatible avec le gouvernement républicain, et la réponse du Conseiller Hello défendant la thèse contraire, ont sans doute joué un rôle en ce sens. L'inamovibilité était parfaitement conforme à l'esprit de la République, sous réserve de ne pas la confondre abusivement avec des formes de protection axées sur le seul intérêt de leur titulaire. C'est ainsi que l'article 87 de la Constitution du 4 novembre 1848, après avoir prévu dans une première phrase que : « *Les juges...de la Cour des comptes, sont nommés à vie* », prit la précaution d'ajouter dans une seconde : « *Ils ne peuvent être révoqués ou suspendus que par un jugement, ni mis à la retraite que pour les causes et dans les formes déterminées par les lois* ». Cette conception de l'inamovibilité ne fut pas remise en cause par le coup d'Etat de Louis-Napoléon Bonaparte, et l'entrée en vigueur de la Constitution du 14 janvier 1852. Au contraire, un décret du 19 mars 1852 vint établir un véritable régime disciplinaire, applicable aux conseillers maîtres et référendaires. Son article 3 disposait que : « *La Cour des comptes peut d'office ou sur réquisition du procureur général, prononcer contre ceux de ses membres qui auraient manqué aux devoirs de leur état ou compromis la dignité de leur caractère : 1° la censure ; 2° la suspension des fonctions ; 3° la déchéance* ». La formation compétente au sein de la Cour, était la chambre du Conseil, constituée par le premier président, les présidents de chambres et tous les conseillers maîtres. La présence du procureur général était également requise. Mais, si cette collégialité statuait de manière souveraine pour les deux premières sanctions, l'article 4 du décret imposait que les délibérations prononçant la déchéance, « *ne deviennent exécutoires qu'en vertu d'un décret du président de la République [de l'Empereur] rendu sur le rapport du ministre des finances* ». Le pouvoir du chef de l'Etat ne pouvait cependant être exercé au détriment du magistrat sanctionné, ce premier jouissant tout au plus d'une sorte de droit de grâce vis-à-vis du second. Ce texte établissait ainsi en faveur des conseillers, le privilège du jugement par les pairs. Or, dans la mesure où la Cour des comptes évoluait, à la différence de la juridiction judiciaire et du Conseil d'Etat, dans une relative discrétion vis-à-vis du Pouvoir, cet état du droit permit bientôt d'assurer l'irrévocabilité de fait à ses membres. La situation n'avait dans ce contexte, guère changé un siècle et demi plus tard, si ce n'est que, comme l'a relevé le Député Etienne Blanc en 2006 : « *Prévu par un décret de 1852, le régime disciplinaire des membres de la Cour des comptes est, par son ancienneté, aujourd'hui*

inapplicable »¹⁶²⁶. D'une irrévocabilité de fait, les conseillers revenaient à une sorte d'irrévocabilité de droit, en raison de la désuétude des règles concernées.

Le régime disciplinaire établi par le décret de 1852, et de manière plus large la garantie de l'inamovibilité, ont en revanche fait l'objet d'une reconnaissance progressive en faveur des auditeurs à la Cour des comptes. Membres d'un corps créé par le décret du 23 octobre 1856, ceux-ci voyaient leur statut régi par le même texte. Son article 2 en fixait les attributions : « *Les auditeurs seront placés sous la direction du premier président, qui pourra les adjoindre aux conseillers référendaires pour prendre part aux travaux d'instruction et de vérification confiés à ces magistrats* »¹⁶²⁷. Chargés de fonctions de support, non qualifiés de magistrats, ils se voyaient en conséquence privés d'inamovibilité. L'article 4 du même décret, précisait d'ailleurs qu'ils pouvaient être révoqués par décret impérial, sur proposition du ministre des finances, et sur l'avis préalable du premier président et du procureur général près la Cour. Cet état du droit devait cependant évoluer dans un premier temps, à l'occasion d'un décret du 12 décembre 1860. Son article 10 prévoyait qu'après quatre années d'exercice au sein de la Cour des comptes, les auditeurs désignés par un décret de l'Empereur, pourraient être : « *autorisés à faire directement des rapports aux chambres de la Cour et à signer des arrêts rendus sur leurs rapports* ». La même disposition ajoutait alors, sans pour autant leur reconnaître la qualité de magistrats, que ces auditeurs rapporteurs : « *jouiront des mêmes droits et seront soumis aux mêmes règles de discipline que les autres membres de la Cour des comptes* »¹⁶²⁸. Néanmoins, si leur effectif ne pouvait excéder dix, peu nombreux étaient les autres auditeurs privés de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité. Un décret du 14 décembre 1859 avait effectivement réparti les membres de ce corps en deux classes, chacune composée de dix membres. Les rapporteurs appartenant obligatoirement à la première classe, seuls les membres de la deuxième classe, c'est-à-dire dix au plus, restaient nécessairement soumis à l'ancien régime disciplinaire. Il était alors possible de voir dans cette distinction, le souci d'instituer une sorte de période probatoire de quatre ans, pendant laquelle les auditeurs novices se voyaient refuser cette protection. Cette dernière devait néanmoins être finalement étendue à l'ensemble des auditeurs, au lendemain de la Première Guerre mondiale, par le décret du 25 mars 1920¹⁶²⁹.

¹⁶²⁶ E. Blanc, rapport n° 3090 fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi n° 3010 portant dispositions statutaires applicables aux membres de la Cour des comptes, Assemblée nationale, 17 mai 2006, p. 15.

¹⁶²⁷ Cité in : A Crépey, J. Elie (dir.), *La Cour des comptes, op. cit.*, p. 519.

¹⁶²⁸ *Ibid.*, p. 519.

¹⁶²⁹ J. Magnet, *La Cour des comptes...*, *op. cit.*, 5^e éd., 2001, p. 55.

469. Au-delà de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité, deux autres aspects de cette dernière supposent d'être examinés, s'agissant des membres de la Cour des comptes. Il s'agit d'une part de la durée des fonctions, et d'autre part de l'inamovibilité de résidence. Jusqu'à l'avènement du Second Empire, et suivant une tradition héritée de l'Ancienne Monarchie, le principe était celui de la nomination à vie des conseillers [garantie de l'emploi]. Expressément consacré sous le Premier Empire, par l'article 6 de la loi du 16 septembre 1807, il devait encore être réaffirmé de manière somme toute assez paradoxale, sous la Seconde République, par l'article 87 de la Constitution du 4 novembre 1848. C'est ainsi que le Premier président François de Barbé-Marbois, celui-là même qui avait été qualifié de « *vindictif et implacable vieillard* » par le conseiller Paulin Crassous, était né sous le règne de Louis XV, en 1745. Acquéreur d'une charge au parlement de Metz, en 1779, il avait été nommé à la tête de la Cour des comptes en 1807, pour finalement quitter ses fonctions sous Louis-Philippe I^{er}, en 1834, à l'âge vénérable de 89 ans¹⁶³⁰. Sa décision de se retirer avant le terme de sa vie, survenu en 1837, avait en l'occurrence été justifiée par la maladie. Mais faute de pouvoir prétendre à une pension de retraite, ceux des conseillers qui ne bénéficiaient pas de revenus parallèles, préféraient généralement se maintenir jusqu'à leur décès. Le rapport adressé au Président de la République, concernant le décret du 1^{er} mars 1852 instaurant une limite d'âge dans l'ordre judiciaire, a pu dès lors critiquer assez légitimement, une situation dans laquelle : « *On remplit sans dignité des fonctions dont on ne peut plus supporter le fardeau ; et l'on compromet les droits des justiciables lorsque l'âge et la lassitude ont énervé, sinon détruit, l'amour du devoir et la notion précise du juste et de l'injuste* »¹⁶³¹.

Le décret du 19 mars 1852 est ainsi venu étendre aux membres de la Cour des comptes, les dispositions du décret du 1^{er} mars précédent. L'âge de cessation des fonctions était fixé à 75 ans pour le premier président, les présidents de chambre et les conseillers maîtres, et à 70 ans pour les conseillers référendaires. En contrepartie, ils se voyaient octroyer une pension de retraite, dont le bénéfice n'était plus subordonné à une incapacité physique ou mentale, comme par le passé¹⁶³². S'il en est sans doute résulté une atteinte pour l'inamovibilité des magistrats alors en fonctions, et ayant déjà atteint ou excédé ces plafonds d'âge, la République décennale n'a malheureusement pas eu le monopole de cette catégorie de violation. Le demi-siècle

¹⁶³⁰ Voir la biographie de François Barbé-Marbois, in : A. Crépey, J. Elie, *La Cour des comptes*, op. cit., pp. 391-397.

¹⁶³¹ Cité in *ibid.*, p. 518.

¹⁶³² Loi des 16 et 18 juin 1824, concernant l'admission à la retraite des juges atteints d'infirmités graves et permanentes. Si ce texte visait principalement les membres des juridictions judiciaires, au sens strict, son article 15 en étendait l'application aux membres de la Cour des comptes.

compris entre le Premier gouvernement de Léon Blum, et le second Gouvernement de Jacques Chirac, a été marqué par une valse des limites d'âge. Une loi du 18 août 1936 est venue abaisser les plafonds précités, à 70 et 65 ans. Cette dernière limite a été relevée de trois ans, par une loi du 16 février 1946, puis de deux années supplémentaires, par un décret-loi du 9 août 1953. Un retour en arrière a plus tard été opéré, par une loi du 30 décembre 1975, laquelle a ramené cette limite à 68 ans, sans distinction de grade. Une loi du 13 septembre 1984, a de nouveau diminué ce plafond de trois ans, pour les présidents de chambre, les conseillers-maîtres et les conseillers référendaires¹⁶³³. Cette évolution s'est toutefois trouvée récemment interrompue, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites¹⁶³⁴. Modifiant l'article 1^{er} de la loi de 1984 précitée, l'article 29 de ce texte a effectivement relevé à soixante-sept ans la limite d'âge des trois catégories de magistrats concernés. Au-delà, il convient de signaler que le principe de la limite d'âge à soixante-cinq ans connaissait deux exceptions, lesquelles n'ont pas été modifiées par la loi de 2010. D'une part, l'article 1^{er} alinéa 2 de la loi de 1984 fixe à soixante-huit ans, l'âge de départ à la retraite du premier président et du procureur général de la Cour des comptes. D'autre part, la loi du 23 décembre 1986 autorise, sur leur demande, les conseillers des derniers grades à être maintenus en surnombre jusqu'à la même limite de soixante-huit ans, afin de continuer à exercer leurs fonctions¹⁶³⁵.

470. Beaucoup plus subsidiaire est en revanche, la question de l'inamovibilité de résidence [garantie de résidence]. Aucun texte régissant le statut des membres de la Cour des comptes n'est venu, depuis 1807, interdire expressément et de manière générale, les affectations d'office de magistrats financiers. Il n'existe pas de formule analogue à celle consacrée lors de l'avènement de la V^{ème} République, par l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, relative au statut de la magistrature. La raison de cette lacune a longtemps résulté d'une double évidence. L'ordre financier ayant d'une part été composé par la seule Cour des comptes, le problème de l'affectation d'une juridiction vers une autre, n'avait pas lieu d'être soulevé. D'autre part, cette Cour comprenant elle-même un faible nombre de fonctions spécialisées, l'attribution de celles-ci était moins de nature à créer des difficultés au regard de l'inamovibilité, qu'à en étendre le champ d'application. Un magistrat ayant atteint le grade de conseiller-maître pouvait tout au plus être nommé

¹⁶³³ Article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public.

¹⁶³⁴ Article 29 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

¹⁶³⁵ Article 1^{er} de la loi n° 86-1304 du 23 décembre 1986 relative à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains fonctionnaires.

par la voie de l'avancement, aux grades et fonctions de président de section, de président de chambre, voire de premier président de la Cour des comptes. Une telle affectation ayant pour conséquence un accroissement des pouvoirs de son bénéficiaire au sein de la même juridiction, ainsi que la reconnaissance de son inamovibilité dans ses nouveaux grade et emploi, le Pouvoir politique aurait été bien mal inspiré d'y procéder d'office. Ceci est d'autant plus juste, que l'adéquation entre le grade et la fonction conduisait à assurer l'inamovibilité du magistrat, non seulement dans son emploi, mais également dans sa fonction spécialisée de président ou de premier président.

Cet état du droit a été très partiellement remis en cause, à partir de la fin des années 1960, par deux innovations successives : l'institution des avocats généraux à la Cour des comptes ; et la création des chambres régionales de comptes. L'institution des avocats généraux, par le décret du 20 septembre 1968¹⁶³⁶, est venue de prime abord ouvrir une brèche dans la corrélation qui existait jusqu'alors, entre l'exercice des fonctions spécialisées et l'accès aux plus hauts grades de la hiérarchie. Ses articles 1^{er} et 6 prévoyaient effectivement, la possibilité de désigner « *par décret parmi les conseillers référendaires* », des avocats généraux chargés d'assister le procureur général, dans l'exercice du ministère public. Le changement opéré apparaissait d'autant plus problématique, que la délégation dans les fonctions du parquet, amovibles par présomption, n'était pas expressément subordonnée à l'accord préalable des conseillers concernés. Cette atteinte apparente à l'inamovibilité, se trouvait néanmoins écartée par deux garanties. D'une part, la délégation n'avait pas pour conséquence de faire perdre au référendaire, ses qualités de membre de la Cour et de magistrat inamovible. S'il pouvait être relevé d'office des fonctions du parquet, suivant le principe de parallélisme des formes et des compétences, le magistrat se trouvait automatiquement réintégré parmi les conseillers, « *au grade et à la classe qui (n'avait) jamais cessé d'être (siens)* ». D'autre part, selon Jacques Magnet : « *Si des incompatibilités persistantes d'humeur ou d'idées venaient à se produire entre le procureur général et eux, (les avocats généraux pouvaient), sur leur demande...être relevés par décret des fonctions du ministère public* »¹⁶³⁷. La reconnaissance de cette faculté exorbitante, impliquait semble-t-il, de recueillir l'avis du référendaire avant de le désigner en qualité d'avocat général. En effet, qui peut le plus peut le moins, surtout si le moins est susceptible de prévenir le plus. La seconde innovation est intervenue avec la loi du 2 mars 1982, prévoyant de confier à des conseillers à la Cour, la présidence des

¹⁶³⁶ Décret n° 68-827 du 20 septembre 1968 relatif à la Cour des comptes, JO du 22 septembre 1968, p. 8989.

¹⁶³⁷ J. Magnet, *Le ministère public près la Cour des comptes*, RDP, n° 2, mars-avril 1973, p. 325.

chambres régionales des comptes nouvellement créées. Ces emplois devant être occupés pour une part importante, « *par des magistrats dont le corps d'origine... était celui de magistrats de chambre régionale des comptes* », il conviendra néanmoins d'étudier les affectations auxquels ils donnent lieu, dans les développements suivants.

2°) Les membres du corps des chambres régionales des comptes

471. Jusqu'à « *l'Acte I de la décentralisation* », le jugement des comptes des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, se trouvait partagé entre la Cour des comptes et l'administration des finances. La compétence de la première s'étendait aux départements, aux grandes communes et à leurs établissements publics. La seconde s'était substituée aux conseils de préfecture, par les décrets-lois des 25 juin 1934 et 8 août 1935, afin de connaître des comptes des collectivités de dimension plus restreinte, et de leurs établissements publics. Plus précisément, cette fonction se voyait confiée aux trésoriers-payeurs généraux, et depuis la loi du 23 décembre 1972, aux receveurs particuliers des finances. Le jugement des comptes relevait en conséquence, pour partie d'une juridiction composée de magistrats inamovibles, et pour une autre de fonctionnaires amovibles appartenant à l'administration active. Or, la loi du 2 mars 1982 relative aux libertés des communes, des départements et des régions¹⁶³⁸, est venue rendre insoutenable cet état du droit. Son article 1^{er} affirmant que : « *Les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus* », et son titre I^{er} supprimant les tutelles administrative et financière, condamnaient l'institution de l'administrateur-juge, et révélait les limites de la compétence directe de la Cour des comptes.

Dans ce contexte, le législateur a non seulement estimé nécessaire de soumettre à un contrôle juridictionnel, les comptes de l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, mais également de procéder à une déconcentration de celui-ci. La loi a ainsi expressément prévu dans un article 84, qu'il : « *est créé dans chaque région une chambre régionale des comptes* ». Tandis que la compétence de première instance a été dévolue à vingt-six chambres régionales et deux chambres territoriales des comptes, l'article 87 a confié à la Cour des comptes la connaissance en appel de leurs jugements. Cette proximité a logiquement conduit le Pouvoir législatif à appliquer aux membres des chambres régionales des comptes, les principaux traits statutaires des membres de la Cour des comptes. Il en est résulté dès l'article 84 précité, un troisième alinéa ainsi rédigé : « *Les membres de la chambre*

¹⁶³⁸ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JO du 3 mars 1982, pp. 730 et s.

régionale des comptes sont des magistrats. Ils sont et demeurent inamovibles ». Pour autant, cette reprise presque littérale de la formule consacrée par la loi du 22 juin 1967, ne s'est pas traduite par une identité des causes de reconnaissance, et des modalités de mise en œuvre de cette garantie. L'inamovibilité des membres des chambres régionales des comptes semble tout à la fois bénéficier d'une légitimité juridique plus large, et d'une définition matérielle plus précise que celle des membres de la Cour des comptes.

472. Les raisons ayant conduit le législateur à accorder l'inamovibilité aux membres des nouvelles juridictions, dépassent en partie celles qui sont traditionnellement invoquées vis-à-vis des membres de la Cour des comptes. Les travaux préparatoires à la loi du 10 juillet 1982, relative aux présidents des chambres régionales des comptes et au statut des membres des chambres régionales des comptes, révèlent effectivement deux justifications principales. La première, d'ordre historique et traditionnel, s'attache à la reconnaissance de la qualité de « magistrat ». Le rapporteur du projet devant la Sénat, Paul Pillet, s'est montré particulièrement insistant sur ce point. Après avoir souligné la nécessité de faire en sorte que « *les magistrats des chambres régionales offrent toutes les garanties d'indépendance* », de mettre « *en place les conditions de l'indépendance des magistrats* », et de « *conforter l'indépendance des magistrats des chambres régionales des comptes* »¹⁶³⁹, le Sénateur devait consacrer à l'inamovibilité, ses premiers développements sur les moyens d'assurer cette indépendance. Cette garantie fut ainsi présentée à deux reprises, comme « *l'attribut essentiel de la qualité de magistrat* », voire comme « *le principal apanage de la qualité de magistrat* »¹⁶⁴⁰. Afin de parfaire son argumentation, le parlementaire est ensuite venu rappeler que l'inamovibilité constituait un « *principe...commun aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux magistrats de la Cour des comptes* », que ces derniers en jouissaient depuis la loi du 16 septembre 1807, et qu'elle « *n'a(vait) cessé d'être confirmée à leur égard* » depuis la Libération¹⁶⁴¹.

Le rapporteur ne s'est pourtant pas limité à l'énoncé de cette première justification, prenant soin de replacer l'octroi de cette protection statutaire, par rapport au contexte de la décentralisation. Relevant d'entrée que : « *L'inamovibilité...constitue une garantie contre les interventions des pouvoirs publics et contribue, de ce fait, au respect de l'autonomie des collectivités locales* »,

¹⁶³⁹ P. Pillet, rapport n° 339 fait au nom de la commission des lois relative aux présidents des chambres régionales des comptes et au statut des membres des chambres régionales des comptes, Sénat, 1^{ère} lecture, 19 mai 1982, p. 11.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, pp. 11 et 28.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*, pp. 11, 14-15, et 28-29.

il se fit plus clair dans la suite de ses développements, affirmant que : « *L'inamovibilité, qui représente une garantie...contre les risques d'arbitraire du pouvoir, ne peut que contribuer au respect de l'autonomie des collectivités locales* »¹⁶⁴².

473. Le principe de libre administration des collectivités territoriales se trouvait, ce faisant, érigé en cause concurrente de l'extension de l'inamovibilité aux membres des chambres régionales des comptes. Mieux encore, il semblait éclipser le principe d'indépendance des juridictions financières, rendu nécessaire par le contrôle des comptes des collectivités publiques. Cette impression ressort tout particulièrement, au sein du rapport sénatorial, de la phrase introduisant les développements sur l'indépendance des magistrats : « *Le principe de la libre administration des collectivités locales exige que les magistrats des chambres régionales offrent toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité* »¹⁶⁴³. L'inamovibilité des magistrats des chambres régionales bénéficiait ainsi, en comparaison de celle des membres de la Cour des comptes, d'une double légitimité. Sans doute convient-il ici de nuancer les conséquences immédiates attachées à une telle différence de traitement. L'inamovibilité des magistrats régionaux était d'autant plus nécessaire, et méritait d'autant plus d'être expliquée, qu'ils se voyaient confier pour partie des fonctions autrefois dévolues à des juges amovibles. Cette référence à la libre administration des collectivités territoriales, semble néanmoins avoir entraîné en leur faveur, un renforcement du fondement normatif de cette garantie. En effet, si l'inamovibilité des membres des juridictions financières jouit sans ambiguïté d'une assise législative, il est en revanche plus difficile de la faire découler avec certitude, d'une exigence constitutionnelle.

L'indépendance de l'ensemble des juridictions financières résulte, ainsi que cela a été déjà souligné, du principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par le Conseil constitutionnel, dans sa décision « *Validation d'actes administratifs* » du 22 juillet 1980¹⁶⁴⁴. Or, le caractère non écrit et par conséquent imprécis de ce principe, ne permet pas d'affirmer avec certitude que l'inamovibilité des membres de la Cour et des chambres régionales des comptes, constitue une condition nécessaire de son respect. Ce doute apparaît d'ailleurs renforcé par la référence faite dans cette décision, aux « *lois de la République...depuis la loi du 24 mai 1872* ». Jusqu'à l'entrée en vigueur de la

¹⁶⁴² *Ibid.*, pp. 11 et 29.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, p. 11.

¹⁶⁴⁴ CC, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, « *Validation d'actes administratifs* », cons. 6 ; CC, décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, « *LOLF* », cons. 105.

Constitution du 27 octobre 1946, la seule disposition législative favorable à l'inamovibilité des membres des juridictions administratives, est intervenue seulement quatre jours après l'organisation du référendum constituant. Il s'agissait de l'article 5 de la loi du 19 octobre 1946, prévoyant que : « *Les magistrats de la Cour des comptes sont et demeurent inamovibles* ». A l'inverse de ce premier principe, celui de la libre administration des collectivités territoriales est expressément inscrit dans la Constitution du 4 octobre 1958. Son article 72 dispose en ce sens, que : « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement* ». Le Conseil constitutionnel l'a en outre pleinement intégré parmi les normes de référence au contrôle de constitutionnalité, dans sa décision du 23 mai 1979¹⁶⁴⁵. Le législateur ordinaire et le Pouvoir constituant ont enfin entendu lui donner toute sa portée, à l'occasion des « *Actes I et II de la décentralisation* ». Dans ces conditions, il est possible de s'interroger à la lecture du rapport « *Pillet* », sur la possible censure par le Conseil constitutionnel d'une disposition législative portant atteinte à l'inamovibilité des membres des chambres régionales des comptes, au motif qu'elle aboutirait à priver d'une garantie légale, cette exigence de caractère constitutionnel qu'est la libre administration des collectivités territoriales.

474. Une fois examiné le fondement juridique de l'inamovibilité des magistrats des chambres régionales des comptes, il convient d'étudier les conditions matérielles de sa mise en œuvre. Mais à l'inverse de la démarche adoptée pour la Cour des comptes, la situation des membres des ces juridictions, sera successivement envisagée au regard des garanties de résidence, de l'emploi et juridictionnelle, que recouvre l'inamovibilité. La question de l'inamovibilité de résidence [garantie de résidence] suppose effectivement d'être soulevée en première, dans la mesure où le législateur ordinaire a expressément étendu à ces magistrats, la formule de l'article 4 alinéa 2 du Statut de la magistrature. Après avoir rappelé que : « *Les magistrats des chambres régionales des comptes sont inamovibles* », l'article 4 de la loi du 10 juillet 1982 a immédiatement ajouté dans la phrase suivante : « *En conséquence, nul magistrat des chambres régionales des comptes ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* »¹⁶⁴⁶. La reconnaissance de cette règle du consentement préalable est apparue d'autant plus aisée, que les rapporteurs du Sénat et de l'Assemblée nationale semblent y avoir vu un synonyme de la garantie d'inamovibilité¹⁶⁴⁷. Aujourd'hui reprise à l'article L.

¹⁶⁴⁵ CC, décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, cons. 9.

¹⁶⁴⁶ Loi n° 82-595 du 10 juillet 1982 relative aux présidents des chambres régionales des comptes et au statut des membres des chambres régionales des comptes, JO du 13 juillet 1982, p. 2201.

¹⁶⁴⁷ Dans son rapport, le Sénateur Paul Pillet a ainsi précisé que : « *Cette protection (l'inamovibilité) consiste dans le fait qu'un magistrat ne peut recevoir, sans son consentement, une*

212-8 du code des juridictions financière, cette disposition n'a cependant pas vocation, à s'appliquer aux présidents des chambres régionales des comptes.

Obligatoirement nommés parmi les conseillers maîtres ou référendaires à la Cour des comptes, ceux-ci jouissent d'une protection autrement plus importante, comparable à celle dont bénéficient les enseignants-chercheurs titulaires. Le principe énoncé par l'article L. 221-2 du même code, est en effet celui suivant lequel : « *Les nominations sont prononcées, à la demande des magistrats intéressés* ». Si la mise en œuvre de cette disposition, ne pose pas de difficulté pour les « *magistrats appartenant déjà à la Cour des comptes au moment de leur candidature* », elle se révèle un peu plus complexe pour les présidents de section de chambre régionale des comptes, susceptibles d'accéder à un tel emploi¹⁶⁴⁸. Ceux-ci se portent simultanément candidats à un emploi de conseiller à la Cour des comptes, et de président de chambre régionale des comptes, en demandant à être « *inscrits sur une liste d'aptitude établie à cet effet par le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes* ». Cette distinction n'emporte cependant pas de conséquence, sur la situation du conseiller affecté à la présidence d'une chambre. Depuis la loi du 21 décembre 2001¹⁶⁴⁹, les alinéas 6 et 8 de cet article prévoient expressément que cette nomination est prononcée pour sept ans, que les magistrats sont placés en détachement pendant cette durée, au terme de laquelle ils réintègrent automatiquement leur nouvel emploi à la Cour des comptes. Le 8^e alinéa précise d'ailleurs en ce sens, que : « *Cette durée ne peut être ni prorogée ni renouvelée au sein d'une même chambre. Elle ne peut être réduite que si le magistrat intéressé*

affectation nouvelle, même en avancement », puis de manière plus affirmative, que : « *S'agissant de l'inamovibilité, il convient de rappeler que cette garantie consiste dans le fait qu'un magistrat ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* ». Voir : P. Pillet, rapport n° 339..., *op. cit.*, pp. 11 et 28. Le rapporteur de l'Assemblée nationale, le député Jean-Pierre Michel, ne s'est pas départi de cette lecture, soulignant que : « *les membres du nouveau corps de magistrats bénéficieront de l'inamovibilité, c'est-à-dire...qu'ils ne pourront faire l'objet, sans leur consentement, d'une affectation nouvelle, même en avancement* ». Voir : J.-P. Michel, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶⁴⁸ L'article L. 221-2 alinéa 5 dispose effectivement, que « *la moitié au moins et les trois quarts au plus* » du total des emplois de président de chambre régional des comptes et de vice-président de la chambre régionale des comptes d'Ile-de-France, doivent être occupés par des « *magistrats sont le corps d'origine, avant leur nomination à la Cour des comptes, était celui de magistrats de chambre régionale des comptes* ».

¹⁶⁴⁹ Article 19 de la loi n° 2001-1248 du 21 décembre 2001, relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes, JO du 26 décembre 2001, p. 20575. Dans l'état du droit antérieur, issu de la loi du 10 juillet 1982, il était prévu de manière dérogatoire, que : « *Dès leur nomination en qualité de magistrat de la Cour des comptes, les membres du corps des magistrats de chambres régionales des comptes reçoivent une première affectation en qualité de président d'une chambre régionale des comptes. Ils sont tenus d'exercer les fonctions de président de chambre régionale des comptes pendant cinq ans au moins, sauf cas de force majeure constaté et reconnu par le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes et sous réserve des dispositions relatives à la limite d'âge* ». Voir l'article 21 alinéa 3 de la loi du 10 juillet 1982, et la loi n° 94-1040 du 2 décembre 1994 relative à la partie législative des livres I^{er} et II du code des juridictions financières, JO du 6 décembre 1994, p. 17222.

demande, après avis du Conseil supérieur des chambres régionales des comptes, à être déchargé de ses fonctions ».

475. Concernant en second lieu, la situation des magistrats des chambres régionales au regard de la garantie de l'emploi, ceux-ci se trouvent respectivement placés à mi-chemin, des magistrats du siège de l'ordre judiciaire et des membres des la Cour des compte [garantie de l'emploi]. Le point de départ de l'inamovibilité a pour sa part été inspiré des règles applicables dans la magistrature judiciaire. L'article 5 de la loi du 10 juillet 1982, aujourd'hui repris à l'article L. 212-9 du codes des juridictions financières, a effectivement retenu le principe selon lequel il appartient au magistrat de prêter serment uniquement : « *Lors de sa nomination à son premier emploi dans une chambre régionale* ». Ce régime de prestation unique s'est longtemps révélé plus protecteur que celui qui, jusqu'à une date récente, était appliqué aux membres de la Cour des comptes. Les dispositions « *de la loi du 11 août 1849, du décret du 23 octobre 1848 et du décret du 27 mars 1852, telles que modifiées par le décret du 11 septembre 1870* »¹⁶⁵⁰, avaient en effet prévu pour ceux-ci, que le serment serait prêté par le nouveau magistrat : « *avant d'entrer en fonctions* »¹⁶⁵¹. Or, cette dernière formule avait été interprétée, ainsi qu'a pu encore l'illustrer un arrêté du premier président en date du 8 juillet 1960, comme l'obligation de prêter serment non seulement lors de l'entrée dans le corps, mais également à chaque changement de grade¹⁶⁵². Si cet usage fut abandonné à partir de la fin des années 1990, sous l'influence des règles applicables aux magistrats judiciaires et des chambres régionales des comptes, il a fallu attendre 2006 pour voir le législateur consacrer cette évolution¹⁶⁵³. La coïncidence entre la prestation de serment et le début de l'inamovibilité, dont jouissent les magistrats des chambres régionales des comptes, apparaît même renforcée par rapport à leurs pairs de l'ordre judiciaire. A la différence de ceux-ci, la nomination dans des « *fonctions du siège* » ne constitue pas une exigence distincte, dans la mesure où l'inamovibilité leur reste acquise, y compris en cas de délégation dans les fonctions du parquet. La nomination à un « *emploi de magistrat dans une chambre régionale* », complétée par la

¹⁶⁵⁰ M. Conan, A. Doyelle, B. Poujade, J.-P. Vachia, *Code des juridictions financières*, Editions Le Moniteur, Paris, 2^e éd., 2007, p. 93.

¹⁶⁵¹ Cette exigence avait été reprise de manière explicite, dans la première version du code des juridictions financières, issue de la loi du 2 décembre 1994. L'article L. 112-3 du nouveau code, disposait que : « *Tout magistrat de la Cour des comptes, avant d'entrer en fonctions, prête serment publiquement devant la Cour réunie en audience solennelle* ».

¹⁶⁵² P. Pillet, rapport n° 339..., *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁵³ L'article L. 120-3 issu de la loi du 1^{er} juillet 2006, portant statut des magistrats de la Cour des comptes, prévoit désormais que : « *Tout magistrat de la Cour des comptes, lors de sa nomination dans le corps, prête publiquement serment devant la cour réunie en audience solennelle...* ».

prestation de serment, suffit *a priori* à leur assurer l'inamovibilité jusqu'au terme de leur carrière.

Les règles encadrant l'affectation des magistrats des chambres régionales dans des fonctions spécialisées, ont été inspirées quant à elles, des dispositions applicables aux membres de la Cour des comptes. A l'instar de ces derniers, le principe est celui d'une corrélation entre l'affectation dans une fonction spécialisée, et l'avancement de grade. L'article L. 221-2-1 prévoit ainsi qu'un premier conseiller pourra être nommé à une fonction de président de section, sous réserve de son inscription au tableau d'avancement, et du respect de certaines conditions de mobilité. Son affectation dans cette fonction suppose en conséquence, qu'il ait accepté au préalable son avancement de grade. Mieux encore, le troisième alinéa de cet article dispose que : « *La nomination au grade de président de section ne peut être prononcée dans la chambre régionales des comptes dans laquelle le magistrat est affecté au moment de sa promotion* ». Cette disposition conditionne *a contrario* cet avancement, à l'affectation du magistrat dans une autre chambre régionale. Dès lors, la règle du consentement préalable prévue par l'article 212-8 précité, trouve également à s'appliquer. L'article L. 221-2 encadre tout aussi étroitement l'accès aux fonctions de président de chambre régionale. Ainsi que cela a déjà été souligné, seuls peuvent être choisis parmi les présidents de section, ceux qui en ont fait la demande et qui ont été inscrits sur « *la liste d'aptitude établie à cet effet par le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes* ». Au-delà des hypothèses d'affectation dans une fonction spécialisée, qui se trouvent couplées avec un avancement de grade, il appartient d'évoquer celle de la délégation dans des fonctions du parquet. L'article L. 212-11 prévoit en effet, que : « *Des magistrats des chambres régionales des comptes sont, avec leur accord, délégués dans les fonctions du ministère public...* ». Cette règle de l'accord précédent toute délégation, rejoint celle du consentement préalable à toute affectation. D'ailleurs, force est de constater que cette disposition avait été placée à l'origine dans la loi du 10 juillet 1982, à la suite de l'alinéa venu consacrer l'inamovibilité des magistrats des chambres régionales¹⁶⁵⁴. L'article R. 212-17 du code des juridictions financières, semble même opérer un amalgame entre les deux règles, en indiquant que : « *Lorsque la vacance d'un poste de commissaire du gouvernement auprès d'une chambre régionale des comptes est comblée par la nomination d'un magistrat affecté dans une autre chambre régionale ou territoriale, ce dernier est muté avec son accord sur le poste vacant...* ».

¹⁶⁵⁴ L'article 4 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1982 prévoyait en effet, que : « *Des magistrats des chambres régionales des comptes peuvent, avec leur accord, être délégués dans les fonctions du ministère public par décret pris sur le rapport du ministre de l'économie* ».

476. S'agissant enfin de leur situation vis-à-vis de la garantie juridictionnelle, les magistrats des chambres régionales bénéficient une fois encore, d'un régime intermédiaire [garantie juridictionnelle]. L'instauration d'un Conseil supérieur des chambres régionales des comptes les rapproche, de prime abord, des magistrats du siège de l'ordre judiciaire. Lors des travaux préparatoires à la loi du 10 juillet 1982, les rapporteurs parlementaires ont d'ailleurs clairement souligné cette influence. Le Député Jean-Pierre Michel avait ainsi évoqué, la création d'une institution : « *qui s'apparente au Conseil supérieur de la magistrature* ». Le Sénateur Paul Pillet avait relevé de la même façon, que : « *A l'image du conseil supérieur de la magistrature, le conseil supérieur des chambres aura compétence pour gérer la carrière des magistrats. Il constitue, en outre, une instance disciplinaire* ». Ce faisant, les deux rapports se sont accordés sur l'idée d'une autorité, « *créé(e) afin de garantir l'inamovibilité des magistrats* »¹⁶⁵⁵, ou « *dont l'intervention est conçue comme une garantie de l'inamovibilité des magistrats* »¹⁶⁵⁶. L'article 22 de la loi du 10 juillet 1982, aujourd'hui codifié à l'article L. 223-1 du code des juridictions financières, prévoyait effectivement que : « *Le pouvoir disciplinaire est exercé à l'égard des membres du corps des chambres régionales des comptes par le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes* ». La compétence disciplinaire se voyait ainsi transférée, conformément à l'élément central de l'inamovibilité, de l'autorité politique de nomination vers une autorité juridictionnelle. Cette dernière qualité a été implicitement reconnue au « *conseil supérieur des chambres régionales des comptes statuant comme conseil disciplinaire* », dans un arrêt « *Verrax* » du 5 novembre 2001. Alors saisi en cassation d'un recours dirigé contre une décision disciplinaire, le Conseil d'Etat avait annulé celle-ci, avant de renvoyer le jugement de l'affaire au fond, devant le Conseil supérieur¹⁶⁵⁷.

Le souci exprimé par le Législateur en 1982, de s'inspirer du régime applicable à la magistrature judiciaire, tend toutefois à s'estomper sur deux points. Il s'agit d'abord de la composition de la formation disciplinaire, et ensuite de son champ de compétence *ratione personae*, pour lesquels l'influence de la Cour des comptes se fait prégnante. Concernant le premier aspect, les articles L. 212-17 et L. 223-1 du même code, confient le pouvoir disciplinaire à une formation au sein de laquelle siègent au moins trois quarts de magistrats appartenant aux corps des juridictions financières. Celle-ci comprend de manière invariable, onze « *magistrats* » : le

¹⁶⁵⁵ J.-P. Michel, rapport n° 927..., *op. cit.*, 1982, p. 21.

¹⁶⁵⁶ P. Pillet, rapport n° 339..., *op. cit.*, 1982, p. 44.

¹⁶⁵⁷ CE, arrêt du 5 novembre 2001, « *Verrax* », Req. n° 205768. Cet arrêt semble constituer à ce jour, le seul exemple de recours en cassation devant le Conseil d'Etat, dirigé contre une décision rendue par la formation disciplinaire du Conseil supérieur des chambres régionales des comptes.

premier président de la Cour des comptes, un conseiller maître à la Cour des comptes, deux magistrats exerçant les fonctions de président de chambre régionale de compte ou assimilé, six représentants des magistrats de chambres régionales des comptes, et le président de la mission permanente d'inspection des chambres régionales et territoriales des comptes. Pour le jugement des magistrats « ordinaires », cette formation se trouve complétée par seulement trois « laïcs » : « *personnalités qualifiées qui n'exercent pas de mandat électif, désignées pour une période de trois ans non renouvelable, respectivement par décret du Président de la République, par le Président de l'Assemblée nationale et par le Président du Sénat* ». Le jugement des magistrats délégués dans les fonctions du ministère public, fait en revanche intervenir deux membres supplémentaires. Le premier n'est autre que le procureur général près la Cour des comptes qui, non bénéficiaire de la qualité de magistrat, se voit attribuer la présidence de la formation. Le second, un magistrat délégué dans les fonctions du parquet et élu par ses pairs, a alors vocation à rétablir l'équilibre au détriment des « laïcs ».

Concernant ensuite le deuxième aspect, celui-ci ressort de la lettre même de l'article L. 223-1. La discipline des magistrats du parquet n'est pas assurée par l'autorité de nomination, comme c'est le cas dans l'ordre judiciaire, mais par le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes. Guy Canivet et Julie Jolie-Hurard ont vu dans cette garantie, une contradiction avec l'article L. 212-1 d'après lequel : « *Des magistrats des chambres régionales des comptes sont...délégués dans les fonctions du ministère public par décret...Dans ces fonctions, les intéressés ne sont pas inamovibles* ». Les auteurs se sont en effet étonnés, que : « *Le statut particulier des magistrats délégués dans les fonctions du ministère public n'a(it) pas justifié que soit maintenu, à leur égard, le régime disciplinaire du Statut général de la Fonction publique, alors même pourtant que lorsqu'ils exercent ces fonctions ils ne sont plus inamovibles* »¹⁶⁵⁸. Mais la contradiction relevée, résulte en vérité d'une mauvaise interprétation du texte. Si ce dernier prévoit que dans les fonctions du parquet, « *les intéressés ne sont pas inamovibles*, il précise immédiatement après : « *Il est mis fin à cette délégation dans les mêmes formes* ». Amovible dans les fonctions du ministère public, l'agent délégué reste inamovible en sa qualité de magistrat. Le Sénateur Paul Pillet ne s'est pas exprimé autrement, dans son rapport de 1982 : « *Si les commissaires du Gouvernement ne sont pas inamovibles dans leurs fonctions, ils n'en conservent pas moins leur qualité de magistrats inamovibles. Il convient de distinguer la fonction de commissaire du Gouvernement de la qualité de magistrat. Le Ministre ne doit conserver un droit de regard que sur la fonction de*

¹⁶⁵⁸ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, op. cit., p. 201.

commissaire de Gouvernement, à l'exclusion de tout pouvoir disciplinaire sur le magistrat délégué dans ces fonctions »¹⁶⁵⁹.

B . Les bénéficiaires d'une inamovibilité partielle

477. Les bénéficiaires d'une inamovibilité partielle appartiennent, de manière assez singulière, aux deux derniers corps dont le statut a été rénové. Mais tandis qu'elle est le résultat pour les magistrats de la Cour des comptes, d'une réforme engagée en 2006 afin de remédier à leur irrévocabilité juridique (1°), elle a été accordée aux membres des tribunaux administratifs en 1986, lors d'une révision statutaire destinée à leur assurer l'inamovibilité dans l'exercice des fonctions juridictionnelles (2°).

1°) Les membres du corps de la Cour des comptes depuis 2006

478. La réforme du statut des magistrats de la Cour de comptes, opérée par la loi du 1^{er} juillet 2006, ne s'est pas seulement distinguée par son ampleur, mais également par sa portée symbolique. Annoncée par le Premier président Philippe Séguin, à l'occasion de la rentrée solennelle du 23 janvier 2006, celle-ci avait vocation à précéder de quelques mois, la célébration du bicentenaire de la Cour des comptes. Cette coïncidence n'ayant pas échappée au rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale, ce dernier avait alors résumé l'économie de la réforme, dans une formule non dénuée d'emphase : *« c'est en quelque sorte pour aborder une nouvelle étape dans l'histoire de la Cour des comptes que ce texte est proposé à la représentation nationale »¹⁶⁶⁰*. Si la justesse d'une telle affirmation est susceptible de prêter à débat, en raison notamment de sa généralité, cette réforme a cependant entraîné une profonde évolution dans l'histoire de l'inamovibilité des magistrats de la Cour des comptes. Les garanties de l'emploi et de résidence n'ont pas été affectées, bien au contraire. Mais en revanche, la dénonciation récurrente d'une irrévocabilité de fait des magistrats des comptes, s'est finalement traduite par une approche minimaliste, sinon exclusive de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité.

479. L'irrévocabilité de fait dont jouissaient les magistrats de la Cour des comptes, à la veille de la loi du 1^{er} juillet 2006, résultait de la conjugaison de deux facteurs juridiques. Le premier résidait dans le caractère inapplicable du régime disciplinaire de principe, organisé par le décret du 19 mars 1852. Lors des travaux

¹⁶⁵⁹ P. Pillet, rapport n° 339..., *op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁶⁰ E. Blanc, rapport n° 3090 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi (n° 3010) portant dispositions statutaires applicables aux membres de la Cour des comptes, Assemblée nationale, 1^{ère} lecture, 17 mai 2006, p. 5.

préparatoires, les rapporteurs des deux assemblées s'étaient accordés sans ambiguïté sur ce point. Le Député Etienne Blanc écrivait en ce sens : « *Prévu par un décret de 1852, le régime disciplinaire des membres de la Cour des comptes est, par son ancienneté, aujourd'hui inapplicable* »¹⁶⁶¹. Le Sénateur Bernard Saugey soulignait de la même façon : « *En pratique, pour des raisons historiques, la Cour des comptes ne dispose pas d'une procédure disciplinaire effective, le décret du 19 mars 1852 relatif à la discipline de ses membres étant anachronique car inopérant* »¹⁶⁶². Cette inapplicabilité s'expliquait par le caractère manifestement inadapté des mécanismes de mise en œuvre de cette procédure. Il en allait particulièrement ainsi, d'une part, de la formation de jugement. L'article 3 du décret prévoyait sans autre précision, la compétence de la « *Cour des comptes* ». Selon Gérard Wolff, il fallait alors comprendre que : « *Le seul organe disciplinaire est la Chambre du Conseil* ». Mais comme le relevait immédiatement l'auteur : « *Une telle procédure est totalement inadaptée...car cette instance est...si nombreuse qu'elle ne peut entériner des propositions, sans débattre sérieusement des cas qui lui seraient soumis* »¹⁶⁶³. La chambre du Conseil comprenait alors effectivement, outre le premier président, le procureur général, les présidents de chambre, et tous les maîtres en service à la Cour. Or, si d'après le décret du 15 janvier 1852, cette formation comptait un effectif théorique de vingt-trois membres¹⁶⁶⁴, elle devait en comprendre quatre-vingt-dix-sept au 1^{er} décembre 1990, cent-vint-huit au 1^{er} décembre 2006, et cent-trente-sept deux ans plus tard. Cette inadaptation apparaissait tout aussi flagrante, s'agissant des sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées par l'autorité compétente. Dans son rapport sénatorial, sur la future loi du 21 décembre 2001 relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes, le Sénateur Daniel Hoeffel avait ainsi dénoncé un décret : « *pratiquement inapplicable aujourd'hui car les sanctions qu'il prévoit...n'ont, pour deux d'entre elles, plus de valeur en droit administratif : la censure et la déchéance* »¹⁶⁶⁵.

La seconde cause de l'irrévocabilité de fait des magistrats de la Cour des comptes, résultait de la difficile application à leur égard, des règles disciplinaires

¹⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶⁶² B. Saugey, rapport n° 410 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi portant dispositions statutaires applicables aux membres de la Cour des comptes, Sénat, 1^{ère} lecture, 21 juin 2006, p. 20.

¹⁶⁶³ G. Wolff, *Les magistrats*, RDP, 1991, p. 1669.

¹⁶⁶⁴ A. Crépey, J. Elie (dir.), *La Cour...*, *op. cit.*, p. 520.

¹⁶⁶⁵ D. Hoeffel, rapport n° 298 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif au statut de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes, Sénat, 1^{ère} lecture, 2 mai 2001, p. 48 ; B. Saugey, rapport n° 39 fait au nom de la commission des lois sur le même projet, Sénat, 2^e lecture, 24 octobre 2001, p. 23.

prévues par le Statut général de la fonction publique. Ceux-ci relèvent effectivement depuis 1946, d'un régime de statut particulier, en ce sens que les dispositions du Statut général leur sont applicables, sous réserve des dispositions des règles législatives et réglementaires qui leur sont propres¹⁶⁶⁶. Du fait de l'inapplicabilité du dispositif institué par le décret du 19 mai 1852, il fut en conséquence envisagé de les soumettre au chapitre VIII de la loi du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, et au décret du 25 octobre 1984, relatif à la procédure disciplinaire¹⁶⁶⁷. La mise en œuvre effective d'un tel régime aurait cependant présenté trois inconvénients majeurs. L'article 67 du Statut général prévoyant que : « *Le pouvoir disciplinaire appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination* », elle aurait entraîné en premier lieu, la suppression pure et simple de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité. Avec le maintien en second lieu, d'une certaine compétence en faveur de la chambre du conseil de la Cour des comptes, elle se serait révélée en outre, contraire au Statut lui-même. Il aurait effectivement été difficile de ne pas confier à cette instance, dans un souci d'apaisement et de conciliation, la compétence consultative dévolue par la disposition précitée, à une « *commission administrative paritaire siégeant en conseil de discipline* ». Or, les articles 34 et 35 du décret du 28 mai 1982 relatif aux commissions administratives paritaires, précisent que cette formation comprend à côté des représentants de l'administration, les seuls membres du personnel : « *représentant le grade auquel appartient le fonctionnaire intéressé...et le grade immédiatement supérieur* ». La chambre du conseil étant composée des seuls magistrats ayant au moins le grade de conseillers maîtres, il en aurait dès lors résulté selon les termes de Gérard Wolff, une : « *situation anormale [voire contraire au statut de la fonction publique] dans l'hypothèse où des conseillers référendaires ou des auditeurs seraient traduits devant elle* »¹⁶⁶⁸. En dernier lieu, la tentative de lecture des sanctions énoncées par le décret du 19 mai 1852, à la lumière du cadre plus moderne prévu par l'article 66 du Statut général, apparaissait largement insatisfaisante. Gérard Wolff s'en est fait l'écho, soulignant d'abord que : « *La « censure » correspond sans doute, pour les fonctionnaires, à l'actuel blâme, la « suspension » à l'exclusion temporaire et la « déchéance » à la révocation* », avant d'en déduire sept sanctions du Statut général restées sans équivalence¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁶ M. Conan, A. Doyelle, B. Poujade, J.-P. Vachia, *Code des juridictions financières*, Editions Le Moniteur, Paris, 2^e éd., 2007, p. 92 ; J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *op. cit.*, p. 112.

¹⁶⁶⁷ Décret n° 84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'Etat, JO du 27 octobre 1984, p. 3366.

¹⁶⁶⁸ G. Wolff, *op. cit.*, p. 1669.

¹⁶⁶⁹ G. Wolff, *op. cit.*, pp. 1668-1669.

480. Les Pouvoirs publics se trouvaient donc placés dans une impasse, à la veille de la réforme de 2006. Ou bien les membres de la Cour des comptes risquaient de demeurer irrévocables et irresponsables en fait, ou bien ils risquaient de se voir priver du bénéfice de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité. Le recours à une troisième voie, dont l'économie a été résumée par le Sénateur Gérard Saugey, devait finalement apporter une réponse momentanée à ce dilemme. Comme celui-ci l'a relevé dans son rapport : « *A défaut de l'existence d'un régime spécifique, les règles de la fonction publique d'Etat s'appliquent. Toutefois, aucun magistrat de la Cour des comptes n'a, à ce jour, été l'objet de sanctions disciplinaires (sur ce fondement)*¹⁶⁷⁰ ». Applicables en théorie, la loi du 11 janvier 1984 et son décret d'application, demeurèrent ainsi inappliqués dans la pratique. L'évolution du rôle de la Cour des comptes depuis le début des années 2000, rendait cependant intenable le maintien d'un tel état du droit. L'intervention à seulement quelques mois d'intervalle, de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances et de la loi du 21 décembre 2001 relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes, avait contribué à renforcer à la fois les activités de contrôle et l'autonomie budgétaire de la Cour des comptes. La nécessité d'en tirer les conséquences sur le plan disciplinaire, fut d'ailleurs soulignée avec une remarquable clarté, par le même parlementaire : « *la Cour des comptes ne dispose pas d'une procédure disciplinaire effective... Cette situation n'est pas satisfaisante au regard... de l'extension des prérogatives d'une Cour des comptes appelée à un contrôle de plus en plus étendu sur les pouvoirs publics de l'action de l'Etat* ». Voyant dans cette lacune un « *anachronisme qui n'a pas de raison d'être* », le rapporteur se fit dès lors l'apôtre de l'intransigeance, affirmant que : « *La responsabilité des magistrats doit pouvoir être recherchée et leurs fautes éventuelles sanctionnées selon des règles claires, s'ils ont commis une faute* »¹⁶⁷¹.

Conserver le régime disciplinaire issu du décret du 19 mai 1852, en dépit de l'évolution divergente du rôle de la Cour des comptes, c'était donc prendre le risque de devoir violer un jour l'inamovibilité reconnue aux magistrats de la Cour, sous prétexte de vouloir préserver leur irrévocabilité présente. Cette crainte, loin de constituer une hypothèse d'école, aurait même eu des précédents. Un auditeur à la Cour des comptes, écrivait en ce sens en 1992 : « *l'absence d'un véritable statut ne place pas les magistrats de la Cour à l'abri des pressions. Ainsi, plusieurs d'entre eux ont pu être l'objet de sanctions sans qu'aient été respectés ni les garanties du statut général de la fonction publique qui sont applicables en l'absence de texte spécifique... ni les principes généraux du droit posés par la jurisprudence du Conseil*

¹⁶⁷⁰ G. Saugey, rapport n° 410, *op. cit.*, p. 51.

¹⁶⁷¹ G. Saugey, rapport n° 410, *op. cit.*, p. 51.

d'Etat »¹⁶⁷². Bien que l'auteur n'ait pas illustré son propos, ce témoignage venait toutefois conforter les arguments plaidant en faveur d'une rénovation du régime disciplinaire des membres de la Cour des comptes. Mais lorsque les débats parlementaires s'engagèrent enfin sur le sujet, à partir du début des années 2000, la question de la recherche d'un dispositif compatible avec l'inamovibilité, fut rapidement biaisée par une succession de confusions. L'applicabilité théorique du Statut général de la fonction publique, en substitution du décret du 19 mai 1852, semble avoir convaincu certains parlementaires que : « *les règles disciplinaires (établies par ce texte)...étaient finalement très proches de celles qui sont relatives à la fonction publique* »¹⁶⁷³. Or, dans la mesure où ce décret était supposé constituer à l'origine, une mise en œuvre de « *l'inamovibilité de la magistrature* » consacrée par la Constitution du 14 janvier 1852, cette confusion risquait de conduire les parlementaires à intégrer les règles du Statut général dans la définition de l'inamovibilité. Cette hypothèse devait d'ailleurs se vérifier pleinement, dans les rapports des deux assemblées présentés en 2006. Tandis que pour le Député Etienne Blanc, l'inamovibilité signifiait que : « *le magistrat ne peut être destitué sauf à l'issue d'une procédure disciplinaire* »¹⁶⁷⁴, elle interdisait selon le Sénateur Bernard Saugey, toute : « *révocation, sanction ou déplacement sauf en vertu d'une procédure spéciale (disciplinaire par exemple)* »¹⁶⁷⁵.

481. Le législateur de 2006 s'octroyait ainsi, sur la base d'une interprétation souple de l'inamovibilité des membres de la Cour des comptes, une large amplitude dans l'organisation de leur régime disciplinaire. Mais cette marge se trouvait heureusement circonscrite en pratique, depuis le conflit qui avait opposé les deux assemblées sur ce sujet, lors de l'examen de la loi du 21 décembre 2001. Le Sénat avait effectivement introduit à cette occasion, en première lecture et sur proposition de sa commission des lois, un nouvel article destiné à aligner le régime des sanctions disciplinaires applicables aux magistrats de la Cour des comptes, sur celui des membres du Conseil d'Etat. Il en était alors résulté une disposition, prévoyant que : « *Les sanctions disciplinaires sont prononcées par l'autorité investie du pouvoir de nomination, sur proposition du ministre chargé des finances, après avis de la*

¹⁶⁷² N. Baverez, *La Cour des comptes : juridiction introuvable ?*, Recueil Dalloz Sirey, 1992, pp. 173-179.

¹⁶⁷³ D. Braye, sénateur, intervention lors de l'examen du projet portant dispositions statutaires applicables aux membres de la Cour des comptes, Compte rendu intégral des débats, Sénat, 1^{ère} lecture, Séance du 29 juin 2006, JO du 30 juin 2006, p. 5383 ; De la même façon, voir l'intervention du député G. Geoffroy sur le même texte, Compte rendu analytique officiel, Assemblée nationale, 1^{ère} lecture, Séance du 13 juin 2006, p. 22.

¹⁶⁷⁴ E. Blanc, rapport n° 3090, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶⁷⁵ B. Saugey, rapport n° 410, *op. cit.*, p. 36.

commission consultative ». Le choix d'un tel dispositif paraissait, il est vrai, compatible avec la définition de l'inamovibilité donnée cinq ans plus tard par le Député Blanc et le Sénateur Saugey. Pour autant, sachant que les membres du Conseil d'Etat ne sont pas inamovibles en droit, il en révélait aussi tout le paradoxe. L'Assemblée nationale ne s'y est pas trompée lorsque, saisie du projet de loi en deuxième lecture et suivant l'avis de sa commission des lois, elle a supprimé cet article additionnel. Dans son rapport, le Député Bernard Derosier avait précisément dénoncé un texte : « (in)compatible avec le principe d'indépendance des magistrats, puisqu'il confie à l'autorité investie du pouvoir de nomination, sur proposition du ministre chargé des finances, le pouvoir de prononcer des sanctions »¹⁶⁷⁶.

Sans doute soucieux de ne pas se voir confronté à la même opposition que le Sénat en 2001, le Gouvernement s'est prononcé cinq ans plus tard, dans son projet de loi, pour un régime disciplinaire prévoyant notamment, que : « *Les sanctions disciplinaires sont prononcées par l'autorité investie du pouvoir de nomination, sur proposition du conseil supérieur de la Cour des comptes* ». Il s'agissait, en subordonnant les sanctions à la proposition d'un conseil supérieur propre à la Cour des comptes, et non plus à une autorité politique telle que le ministre des finances, de bien distinguer le nouveau régime de celui applicable aux membres du Conseil d'Etat. Le rapporteur de l'Assemblée nationale s'en fit lui-même l'écho, en précisant que : « *l'inamovibilité reconnue aux membres de la Cour les différencie de ceux du Conseil d'Etat* »¹⁶⁷⁷. En revanche, la décision de confier le pouvoir de prononcer les sanctions à l'autorité de nomination, au détriment d'une formation spécifique du conseil supérieur, conduisait à traiter les magistrats : « *de la même manière que les membres du Conseil d'Etat (premier alinéa de l'article L. 136-2 du code de justice administrative) et les autres fonctionnaires de l'Etat (article 67 de la loi du 11 janvier 1984)* ».

Le nouveau dispositif validé au terme d'une seule et unique lecture par les deux chambres, s'est de ce fait et de façon paradoxale, inscrit en recul par rapport à la suite des travaux préparatoires à la loi de 2001. Tout en préconisant la suppression de l'article critiqué, le Député Bernard Derosier avait effectivement souligné à cette occasion, que pour être compatible avec le principe d'indépendance des magistrats, la mise en place d'un régime disciplinaire devait passer par : « *la création d'un organe disciplinaire de nature juridictionnelle comparable au conseil supérieur de*

¹⁶⁷⁶ B. Derosier, rapport n° 3301 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes, Assemblée nationale, 1^{ère} lecture, 3 octobre 2001, p. 15.

¹⁶⁷⁷ E. Blanc, rapport n° 3090, *op. cit.*, p. 23.

la magistrature ou au conseil supérieur des chambres régionales des comptes »¹⁶⁷⁸. Le rapporteur, en se prononçant pour le transfert de la compétence disciplinaire vers une juridiction indépendante, se faisait exactement le chantre de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité. Or, contrairement à ce qui aurait pu être envisagé, le Sénat vint se ranger sans discussion à l'argument de la chambre basse. Le rapport de seconde lecture, suivi en séance par une majorité de sénateurs, rétablit l'article supprimé en confiant désormais : « *le pouvoir de prononcer les sanctions disciplinaires à un Conseil supérieur de la Cour des comptes* »¹⁶⁷⁹. Mais comble du paradoxe, l'Assemblée nationale défendit encore une fois et obtint la suppression du dispositif proposé, pendant la réunion de la commission mixte paritaire. Sa justification déjà invoquée en deuxième lecture, se voulait *a priori* sans appel : « *Le Gouvernement s'est, pour sa part, opposé à l'adoption de ce nouvel article au motif qu'aucune concertation préalable avec les magistrats de la Cour des comptes n'avait eu lieu* »¹⁶⁸⁰.

482. La position de l'ancienne majorité parlementaire apparaît malheureusement critiquable, d'un point de vue rétroactif. Au-delà du seul aspect politique, il eut sans doute été plus judicieux de se référer au droit et au bon sens. Le régime disciplinaire adopté cinq ans plus tard, avec la loi du 1^{er} juillet 2006, ne place pas les membres de la Cour des comptes dans une situation analogue à celles des magistrats du siège de l'ordre judiciaire et des magistrats des chambres régionales des comptes, dont l'inamovibilité est expressément reconnue par les textes. Le défaut de transfert du pouvoir direct de sanction, au nouveau Conseil supérieur de la Cour des comptes, entre théoriquement en contradiction, avec la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité. La mesure reste prononcée par une autorité administrative, celle de nomination, sur proposition d'une autorité consultative, celle de représentation. Toute idée de convergence ne saurait cependant être exclue, à partir du moment où ce dispositif assure au magistrat une protection contre l'arbitraire, équivalente à celle qui résulte d'un Conseil supérieur de la magistrature ou d'un Conseil supérieur des chambres régionales des comptes. Or, tel semble être le cas lorsque l'autorité consultative revêt les caractéristiques d'une juridiction disciplinaire, et que sa proposition de sanction lie l'autorité de nomination.

¹⁶⁷⁸ B. Derosier, rapport n° 3301, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁷⁹ D. Hoeffel, rapport n° 39 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relative au statut des magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes, Sénat, 2^e lecture, 24 octobre 2001, p. 24.

¹⁶⁸⁰ B. Derosier, rapport n° 3301, *op. cit.*, p. 15. Voir également : B. Derosier, Rapport n° 3387 fait au nom de la commission des lois sur le même projet de loi, commission mixte paritaire, Assemblée nationale, 14 novembre 2001 ; D. Hoeffel, rapport n° 75 fait au nom de la commission de la commission des lois sur le même projet de loi, commission mixte paritaire, Sénat, 14 novembre 2001.

Le premier critère ne paraît pas soulever dans l'absolu, de difficulté majeure. En créant un « *Conseil supérieur* » de la Cour des comptes, le législateur s'est clairement exprimé en faveur d'une instance dont l'organisation et le fonctionnement seraient inspirés, y compris en matière disciplinaire, des conseils supérieurs de la magistrature et des chambres régionales des comptes. Sa composition la rapproche d'ailleurs précisément du second, sous cette avantageuse réserve toutefois, que : « *Seuls siègent...les magistrats d'un grade égal ou supérieur à celui du magistrat faisant l'objet de la procédure disciplinaire* ». Mais c'est surtout à travers la procédure applicable devant elle, que cette instance tend à révéler sa proximité juridictionnelle. Guy Canivet et Julie Joly-Hurard soulignent ainsi en ce sens, que : « *la procédure disciplinaire des membres de la Cour des comptes reprend à son compte nombre de dispositions de la procédure disciplinaire des membres des Chambres régionales des comptes, dont elle est parfois la réplique servile* »¹⁶⁸¹. Après avoir consacré de longs développements à cette procédure, dans leur important ouvrage sur « *La discipline des juges judiciaires, administratifs et des comptes* », les deux auteurs concluent même de manière insistante : « *On voit...étendus au Conseil supérieur de la Cour des comptes des principes processuels qui ne se justifient, ordinairement, que par la nature juridictionnelle des décisions prises par l'organe concerné, et que l'on a plutôt coutume de rencontrer dans les procédures disciplinaires qui confèrent le pouvoir de sanction au Conseil de discipline lui-même, tel le Conseil supérieur de la magistrature...ou encore le Conseil supérieur des Chambres régionales des comptes* »¹⁶⁸².

483. Le respect du second critère, à savoir celui de l'exigence d'une proposition s'imposant à l'autorité de nomination, apparaît en revanche moins certain. En effet, les dispositions régissant le nouveau régime disciplinaire des membres de la Cour des comptes, n'apportent aucune précision sur les effets attachés à une telle formalité. L'étude des travaux préparatoires à la loi du 1^{er} juillet 2006, ne permet pas de combler cette lacune, et rares sont les représentants de la doctrine, qui ont cherché à approfondir la question. Si Guy Canivet et Julie Joly-Hurard sont de ceux-là, leurs développements sur le sujet s'avèrent malheureusement contradictoires. Ils affirment dans un premier temps, que le Conseil supérieur de la Cour des comptes est « *doté d'un véritable pouvoir de proposition en la matière, et non du simple pouvoir d'émettre des avis* ». Mais ils ajoutent immédiatement après : « *Il s'ensuit que l'autorité de nomination se trouve dans l'impossibilité de substituer, à la sanction proposée collégalement, une sanction plus lourde* », avant de rapprocher cette procédure de celle prévue pour les membres des tribunaux

¹⁶⁸¹ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, *op. cit.*, pp. 164-165.

¹⁶⁸² G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, *op. cit.*, pp. 170-171.

administratifs et des cours administratives d'appel, qui : « *confère un même pouvoir de proposition au Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* »¹⁶⁸³.

La compétence reconnue au Conseil supérieur de la Cour des comptes, se trouverait dans ces conditions nécessairement limitée, sous réserve d'une différence de degré. L'autorité de nomination serait au minimum, libre de prendre des sanctions d'une importance moindre que celles proposées par le Conseil. Mais à en croire les deux auteurs, elle pourrait disposer d'une plus grande latitude en ce domaine. C'est ce que suggère implicitement, l'analogie avec le régime disciplinaire applicable aux conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel. Dans leurs développements consacrés à celui-ci, plus en amont dans leur livre, Guy Canivet et Julie Joly-Hurard prennent effectivement soin de noter que : « *Le Président de la République n'est pas lié par la proposition du Conseil supérieur. Mais s'il ne la suit pas, il est tenu d'informer le Conseil supérieur des motifs qui l'ont conduit à adopter une autre décision* »¹⁶⁸⁴. Ainsi, il semblerait que l'autorité de nomination ne se trouve pas liée par la proposition du Conseil, pouvant aussi bien prononcer une sanction plus faible qu'une mesure plus lourde, voire décider ou non de prononcer une sanction. Le seul impératif, résiderait dans l'obligation d'information précitée. Il reviendra en toute hypothèse au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une sanction prononcée par le Président, de préciser le moment voulu, les conséquences résultant d'une proposition disciplinaire, émise par le Conseil supérieur de la Cour des comptes. Au demeurant, le nouveau dispositif se situe en retrait par rapport au décret du 19 mars 1852, lequel habilitait uniquement le chef de l'Etat à rendre ou non « *exécutoire* » la sanction de déchéance¹⁶⁸⁵.

2°) Les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

484. L'institution des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, trouve son origine dans la loi du 28 pluviôse an VIII, concernant la division du territoire français et l'administration. Véritable outil de centralisation aux antipodes de la loi du 2 mars 1982, qui a vu naître les chambres régionales des comptes, ce texte établissait un « *conseil de préfecture* » dans chaque département (article 2). Cette nouvelle institution, présidée par le préfet, se voyait

¹⁶⁸³ *Ibid.*, pp. 169.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 142.

¹⁶⁸⁵ Article 4 du décret du 19 mars 1852 : « *les délibérations de la cour prononçant la déchéance ne seront exécutoires qu'en vertu d'un décret du Président de la République [Empereur] rendu sur le rapport du ministre des finances* ».

confier des fonctions aussi bien consultatives que juridictionnelles en matière administrative (article 4). Mais, bien que dissociée de l'administration active sur le plan fonctionnel, elle restait soumise au même régime d'un point de vue organique. L'article 18 de la loi prévoyait en ce sens, que : « *Le premier Consul nommera les préfets, les conseillers de préfecture, les membres des conseils généraux de département...* ». L'article 41 de la Constitution du 22 frimaire an VIII disposait de manière plus large, que la même autorité : « *nomme et révoque...les membres des administrations locales* ». Les conseillers de préfecture étaient donc amovibles, à l'instar du préfet et des conseillers généraux.

A compter de cette date, près de deux siècles se sont écoulés avant que les conseillers de préfecture, devenus entre-temps conseillers de tribunal administratif, puissent accéder au bénéfice de l'inamovibilité. Un tel délai est susceptible d'apparaître dans l'absolu, excessif, s'agissant d'agents vis-à-vis de qui : « *la tradition ne compense pas cette lacune comme pour les membres du Conseil d'Etat* »¹⁶⁸⁶. De la même façon, il peut sembler étrange que cette garantie n'ait pas fait à ce jour, l'objet d'une consécration expresse, sur le modèle des magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes. Elle serait en effet le résultat d'une formule sibylline, issue de la loi du 6 janvier 1986 : « *Lorsqu'ils exercent leurs fonctions de magistrats dans une juridiction administrative, (les membres du corps des tribunaux administratifs) ne peuvent recevoir sans leur consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* »¹⁶⁸⁷.

485. Jusqu'au lendemain de la Première Guerre mondiale, l'exercice de fonctions juridictionnelles par les conseils de préfecture, est resté sans incidence concrète sur la reconnaissance de l'inamovibilité. Un rapprochement avec les juridictions judiciaires avait pourtant été opéré sans ambiguïté par le Conseil d'Etat, pendant les Cent-Jours. Un arrêté préfectoral qui renvoyait son exécution à l'intervention d'un tribunal civil, fut annulé par un décret en Conseil d'Etat, pris sur conflit négatif le 5 mars 1814, au motif que : « *les Conseils de préfecture sont de véritables juges dont les actes doivent produire les mêmes effets et obtenir la même exécution que les tribunaux ordinaires* »¹⁶⁸⁸. Partant de là, certains jurisconsultes tels

¹⁶⁸⁶ J.-M. Auby, R. Drago, *Traité de contentieux...*, op. cit., 1^{ère} éd., 1962, p. 207.

¹⁶⁸⁷ Article 1^{er} alinéa 2 de la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs, JO du 7 janvier 1986, p. 332.

¹⁶⁸⁸ S. J. Boulatignier, *Des conseils de préfecture*, rapport n° 58 sur le livre quatrième de la loi sur l'administration intérieure, Conseil d'Etat, avril 1851, p. 47 ; J.-M. Auby, R. Drago, op. cit., 1^{ère} éd., 1962, p. 207.

que Louis-Marie de Cormenin, Guillaume Routhier¹⁶⁸⁹ et Louis-Antoine Macarel, se prononcèrent en faveur de cette garantie sous la Restauration. Le troisième écrivait ainsi à propos des conseillers de préfecture : « *S'ils sont des juges, ils doivent être indépendants... Cette indépendance ne peut être assurée que par l'inamovibilité : c'est la révocabilité des juges administratifs qui, selon moi, prive les citoyens de la garantie d'une bonne justice administrative* »¹⁶⁹⁰. Afin d'assoir son propos, le même prenait soin de rappeler que les membres de la Cour des comptes jouissaient de l'inamovibilité prévue à l'article 58 de la Charte, alors même que cette cour devait « *assurément* » être regardée comme « *un tribunal administratif, un tribunal extraordinaire et d'exception* »¹⁶⁹¹. Cependant, comme devait le relever le Conseiller d'Etat Boulatignier en 1851, dans son rapport sur les *Conseils de préfecture* réalisé au nom du Conseil d'Etat, ces justifications pouvaient se voir opposer un argument de taille. Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, tel qu'issu d'une lecture extensive de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 7 septembre 1790, y faisait obstacle : « *Si elles (les juridictions administratives à l'exclusion de la Cour des comptes) étaient trop indépendantes du Pouvoir exécutif (et ce serait le résultat inévitable de l'inamovibilité), elles auraient presque tous les inconvénients qu'on a voulu éviter, en enlevant aux tribunaux de l'ordre judiciaire la connaissance du contentieux administratif* »¹⁶⁹².

Cette première cause de refus d'octroi de l'inamovibilité, sans appel dans le contexte de l'époque, se trouvait complétée par trois séries d'arguments. D'une part, était mise en avant la faible proportion de l'activité des conseils de préfecture, occupée par les fonctions juridictionnelles. Ceux-ci ne s'étaient pas vus reconnaître par les textes institutifs, la qualité de juge administratif de droit commun en première instance, mais une simple compétence d'attribution. Le Conseiller d'Etat Boulatignier s'exprimait en ce sens, dans son rapport : « *on a toujours tenu pour maxime certaine que les conseils de préfecture n'avaient que des attributions spéciales et déterminées* »¹⁶⁹³. Dans le même temps, ils se voyaient confier des fonctions administratives passive et active, tels que respectivement un rôle

¹⁶⁸⁹ L.-M. de Cormenin, *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Pillet, Paris, 1818, 238 p. ; G. Routhier, *De l'organisation du Conseil d'Etat en cour judiciaire ; de sa juridiction ; Des conseils de préfecture ; et de la nécessité de créer des tribunaux administratifs*, Chez Renduel, Paris, 1828, 116 p.

¹⁶⁹⁰ L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la justice administrative*, J.-P. Roret, Paris, 1828, pp. 49-50.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 54.

¹⁶⁹² S. J. Boulatignier, *op. cit.*, p. 83.

¹⁶⁹³ *Ibid.*, p. 21.

consultatif auprès du préfet, et un pouvoir de tutelle communale. Or cette participation à l'action administrative n'aurait cessé de s'accroître au cours des décennies¹⁶⁹⁴. D'autre part, les textes autorisaient dans une certaine mesure des membres de l'administration active à siéger aux côtés des conseillers de préfecture, y compris pour l'exercice des attributions contentieuses. La loi du 28 pluviôse an VIII permettait notamment au préfet de présider le conseil de préfecture, avec voix prépondérante (article 5). De la même manière, l'arrêté du 19 fructidor an IX disposait qu'en cas de partage, d'empêchement ou d'absence, les conseillers de préfecture devaient désigner à la pluralité des voix, un des membres du conseil général de département (article 9). Un décret du 16 juin 1808 vint enfin prévoir qu'en cas d'empêchement forcé de tous les conseillers de préfecture, ceux-ci se verraient suppléés par un nombre égal de membres du conseil général. Leur désignation était alors faite par le ministre de l'intérieur, sur proposition du préfet.

Un dernier argument défavorable à une reconnaissance de l'inamovibilité, résidait dans la « médiocrité » affirmée des conseillers de préfecture et de leur juridiction d'appartenance. Largement entretenue par le Pouvoir politique, celle-ci n'a eu de cesse d'être dénoncée. Sthendal écrivait par exemple en 1837, à propos des nominations : « *Le préfet peut choisir cinq hommes de mérite pour conseillers de préfecture ; mais il s'en garde bien. Par jalousie du pouvoir on ne nomme que des incapables* »¹⁶⁹⁵. Même tonalité dans l'exercice des fonctions, un parlementaire ayant pu affirmer à la tribune du Sénat en 1925, que les membres des conseils de préfecture : « *donnent dans les chefs-lieux de département le spectacle fâcheux de fonctionnaires qui meurent d'ennui aux frais de l'Etat* »¹⁶⁹⁶. Edouard Laferrière devait résumer la situation en 1885, en des termes particulièrement cinglants : « *Tout a été dit de l'insuffisance des conseils de préfecture. Tels qu'ils existent actuellement, ils n'ont pas un seul défenseur. Après plus de cent ans d'existence, la preuve est complètement faite de leur incapacité* »¹⁶⁹⁷. Dans ces circonstances, la question de l'inamovibilité et plus globalement de l'indépendance, ne semblait pas même devoir être posée. C'est ce que prenait soin de relever Louis Rolland en 1908,

¹⁶⁹⁴ J.-M. Auby, *op. cit.*, 1962, p. 189.

¹⁶⁹⁵ Sthendal, *Mémoires d'un touriste*, 1837. Cité in C. Gabolde, *Du conseiller de préfecture au magistrat administratif*, Recueil Dalloz, 1964, p. 6.

¹⁶⁹⁶ M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Recueil Sirey, Paris, 6^e éd., 1950, p. 82.

¹⁶⁹⁷ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 447.

en notant que pour leurs adversaires les plus déterminés : « *la meilleure réforme des conseils de préfecture consiste en leur suppression* »¹⁶⁹⁸.

486. Ce qui permit de sauver l'institution du conseil de préfecture, et mieux encore d'améliorer son indépendance et celle de ses membres, fut l'engorgement progressif du Conseil d'Etat. A la fois juge d'appel et de cassation du contentieux administratif, depuis le Consulat et le Premier Empire, celui-ci était également devenu avec son arrêt « *Cadot* » du 13 décembre 1889, juge de droit commun en première instance. La volonté de ne pas surcharger la Haute juridiction administrative avait déjà entraîné une première évolution dans la manière de concevoir les conseils de préfecture, avant même la disparition de la théorie du ministre-juge. Proudhon écrivait ainsi sous la Monarchie de Juillet, que : « *Si les tribunaux administratifs étaient supprimés aujourd'hui, il faudrait les rétablir demain* »¹⁶⁹⁹. Sous le Second Empire, une loi du 21 juin 1865 vint de même, renforcer les conditions de recrutement et de fonctionnement des conseils de préfecture. Les candidats devaient désormais être âgés d'au moins vingt-cinq ans, et être titulaires d'une licence en droit. En outre, ce texte instituait un vice-président au sein de chaque juridiction, désigné annuellement par décret parmi les conseillers, et chargé de remplacer le préfet en son absence. La nécessité de décharger le Conseil d'Etat de certaines attributions, devait ensuite conduire les partisans de l'institution à adopter un nouveau *credo*, à partir de la fin du XIXe siècle : « *perfectionner et non supprimer* »¹⁷⁰⁰. Or, cette amélioration impliquait obligatoirement, un renforcement de l'indépendance des conseillers de préfecture. Ces derniers devaient cesser d'apparaître comme des employés zélés du préfet, pour devenir des agents compétents au service de l'Etat et de la justice administrative. Un effort en ce sens semblait d'autant plus important, qu'ils bénéficiaient encore à cette époque de garanties contre les évictions arbitraires, inférieures à celles des conseillers d'Etat. C'est ce que prenait soin de mettre en exergue Louis Michoud, en 1897. D'après lui, tandis que le conseiller d'Etat : « *est défendu, non seulement par la disposition légale qui exige pour sa révocation une délibération du Conseil des ministres, mais plus encore par sa haute situation personnelle* », le conseiller de préfecture : « *outré qu'il est entièrement amovible, occupe un poste qui ne peut guère satisfaire son ambition, et que le plus souvent il n'envisage que comme un poste de début* »¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁸ L. Rolland, *La réforme des Conseils de préfecture*, RDP, 1908, p. 95.

¹⁶⁹⁹ Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, t. 1, V. Duamay, Dijon, 2^e éd., 1843, p. 143.

¹⁷⁰⁰ L. Michoud, *Les conseils de préfecture et la justice administrative*, Revue politique et parlementaire, t. XII, 1897, p. 269.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 282.

Dans ces conditions, l'idée d'accorder l'inamovibilité aux conseillers de préfecture, pouvait trouver un sens. Il ne s'agissait pas seulement d'accroître les garanties statutaires d'éviction proprement dites, mais également de compenser l'absence de « *situation morale* » comparable à celle des conseillers d'Etat. La période comprise entre 1887 et 1921, vit en conséquence plusieurs projets législatifs se succéder. Ces textes se voulaient dans l'ensemble, novateurs et ambitieux, proposant jusqu'à la création de tribunaux administratifs régionaux, et des extensions de compétence au détriment du Conseil d'Etat. C'est ainsi que le projet du 13 juillet 1908 avait disposé que les conseillers de préfecture pourraient désormais être révoqués, rétrogradés ou mis en disponibilité, uniquement après avis d'un conseil supérieur de la magistrature administrative. L'intéressé devait même être appelé et entendu devant cette nouvelle instance. Chargée d'examiner ce texte, la commission compétente de la Chambre des députés, avait même franchi une étape supplémentaire. L'avis simple prévu dans le dispositif initial, se voyait maintenant remplacé par un avis conforme du conseil supérieur. Si la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité n'était pas encore acquise, elle était néanmoins en passe de l'être. Mais ce projet, comme tous ceux qui l'ont précédé et qui l'ont suivi, a malheureusement échoué devant les assemblées. Les réformes proposées ne furent finalement réalisées que de manière très partielle, avec le décret-loi du 6 septembre 1926, remplaçant les conseils de préfecture par des conseils de préfecture interdépartementaux. Au terme d'un décret d'application du 21 décembre 1927, l'autorité de nomination conservait le pouvoir de prononcer les sanctions les plus graves, mais son décret devait être : « *rendu sur la proposition du ministre de l'intérieur, et après avis d'un conseil de discipline* »¹⁷⁰². Aucune protection en matière de mutation, n'était en revanche organisée, ainsi que cela ressort de l'article 10 du même texte : « *Les présidents et les membres des conseils de préfecture peuvent faire l'objet de mutations dans l'intérêt du service, sans que cette mesure soit précédée de l'accomplissement d'aucune formalité* ».

Il fallut attendre les premières extensions de compétence effectives, pour voir l'état du droit évoluer. Ce fut d'abord le cas suite au décret-loi du 5 mai 1934, concernant les conseils de préfecture interdépartementaux. Un décret-loi du même jour vint modifier les règles de suppléance des conseillers de préfecture, en excluant pour l'avenir les conseillers généraux. En cas d'absence ou d'empêchement d'un de ses membres, l'institution se complétait désormais par un conseiller appartenant aux conseils les plus proches. Ce texte venait efficacement compléter le décret du 26 septembre 1926, venu expressément retirer aux préfets la présidence des nouvelles

¹⁷⁰² Article 12 alinéa 2 du décret du 21 décembre 1927, JO du 22 décembre 1927, p. 12813. Selon le premier alinéa du même article, l'avertissement et le blâme étaient en revanche : « *infligés par simple décision du ministre de l'intérieur* ».

juridictions. Ce fut ensuite le cas avec la réforme du 30 septembre 1953, transformant les conseils en tribunaux administratifs, et érigeant ces derniers en juges de droit commun du contentieux administratif. De manière assez décevante, le décret « *portant règlement d'administration publique pour la fixation du statut particulier des membres des tribunaux administratifs* », ne s'écartait pourtant pas du droit commun de la fonction publique, en matière d'éviction. Les membres de ces juridictions se voyaient subséquemment appliquer les règles prévues par la loi du 19 octobre 1946, en matière disciplinaire et de mutation d'office. Les décrets des 30 décembre 1963 et 12 mars 1975 portant statut particulier, successivement pris pour l'application de l'ordonnance du 4 février 1959, s'inscrivirent dans une logique équivalente. Les membres des tribunaux administratifs restaient soumis au droit commun, alors même que ces textes avaient reconnu qu'ils : « *exercent leurs fonctions de magistrats* ». En réalité, plus de vingt ans vont s'écouler avant que le Pouvoir politique ne se trouve contraint de tirer les conséquences de la réforme de 1953. Pendant cette longue période : « *rodant prudemment les attributions nouvelles de juge administratif de droit commun qui leur ont été conférées en 1953, les tribunaux administratifs ont réalisé...ce qu'on attendait d'eux : juger un contentieux dont le volume avait pris une ampleur excédant les capacités du Conseil d'Etat* »¹⁷⁰³.

487. Cette situation, pour bénéfique qu'elle était initialement, avait cependant progressivement évolué au détriment des tribunaux administratifs. Alors même qu'ils avaient été établis pour soulager le Conseil d'Etat, ces juridictions connaissaient depuis le début des années 1980, un certain encombrement. Or, celui-ci était de nature à faire naître un certain « *malaise* »¹⁷⁰⁴ concernant le statut de leurs membres, ainsi que cela a été souligné lors des travaux préparatoires à la loi du 6 janvier 1986. Les membres de ces tribunaux se voyaient d'une part, de plus en plus sollicités dans leurs fonctions juridictionnelles. Le rapporteur du projet devant le Sénat, expliquait notamment ce phénomène par : « *l'extension permanente des secteurs d'intervention de l'administration, la complexité de la réglementation, la meilleure information des citoyens, ...la décentralisation et le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales* »¹⁷⁰⁵. Mais d'autre part, les mêmes souffraient de la faible considération dont ils faisaient l'objet sur le plan statutaire, dans l'exercice de ces fonctions. La qualité de « *magistrat* » leur était certes reconnue par les textes, d'un point de vue fonctionnel, mais ils se trouvaient soumis au même régime que les « *fonctionnaires de l'administration active* », au niveau organique. Les règles qui leur étaient applicables découlaient pour partie du droit commun de la fonction

¹⁷⁰³ J.-F. Hory, rapport n° 3126, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 10 ; J. Thyraud, rapport n° 237, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁰⁵ J. Thyraud, rapport n° 237, *op. cit.*, p. 5.

publique, et s'inspirait pour une autre des règles relatives aux administrateurs civils. Le sentiment de relégation était cependant porté à son comble, par le maintien de l'attache administrative de ces tribunaux au ministère de l'intérieur. Cette spécificité apparaissait d'autant plus troublante, qu'ils avaient hérité d'une partie des attributions du Conseil d'Etat, et que ce dernier était placé depuis l'origine et le décret du 11 juin 1806, sous l'autorité du ministre de la justice.

De manière quelque peu inattendue, le Pouvoir politique avait lui-même fini par s'inquiéter de constater que, en raison de ce paradoxe, les membres des tribunaux administratifs étaient devenus les « *premières victimes de leur succès* »¹⁷⁰⁶. Le contentieux des élections municipales de 1983, à l'occasion duquel les tribunaux administratifs avaient annulé ou réformé plusieurs scrutins, avait suscité une violente vague de critiques à leur égard. L'image traditionnelle relayée auprès de l'opinion publique d'un « *fonctionnaire qui juge* », faisait peser dans ce contexte, un grave soupçon sur l'indépendance de ces tribunaux, au risque de perturber le bon fonctionnement de la justice administrative. Il s'agissait en conséquence, en portant « *sur la scène politique le débat relatif à l'indépendance des membres des tribunaux administratifs* », de faire en sorte que cette indépendance devienne « *évidente aux yeux de l'opinion publique et des justiciables* »¹⁷⁰⁷.

Cette volonté politique vint se concrétiser à court terme, avec l'article 9 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'Etat. Par dérogation à la compétence réglementaire de principe, s'agissant de l'élaboration des statuts particuliers des fonctionnaires, celui-ci prévoyait que : « *La loi fixe les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs* ». Cette disposition avait pour objet de rapprocher les garanties statutaires applicables à ces derniers, de celles des magistrats judiciaires et financiers, sans pour autant aller jusqu'à leur reconnaître la qualité de « *magistrat* ». Aux fins d'assurer cette conciliation, une des premières mesures suggérées par les rédacteurs de la loi du 6 janvier 1986, devait consister en la reconnaissance de l'inamovibilité aux membres des tribunaux administratifs, en prenant bien soin d'en limiter le bénéfice à l'exercice des « *fonctions de magistrats* ». C'était là d'après les travaux préparatoires, l'objet affirmé de l'article 1^{er} alinéa 2 du projet de loi. Mais les effets escomptés se voulaient à un double titre, supérieurs à la lettre de cette disposition. L'octroi de l'inamovibilité dénotait en premier lieu pour les membres des tribunaux administratifs, une marque de respect venue du Pouvoir politique. Il s'agissait d'une part de réparer une « *injustice* » commise à leur égard, les magistrats des chambres

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 4.

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 6.

régionales des comptes ayant bénéficié de cette même protection dès leur création, seulement trois ans auparavant. Il s'agissait ensuite d'accorder à ces juges : « *le surcroît de prestige et de liberté que leur corps mérite* »¹⁷⁰⁸. Or, comme put le souligner le rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale, « *la garantie législative de l'inamovibilité* » suggérait : « *une avancée importante pour les intéressés qui se vo(yaient) ainsi reconnaître un des attributs de la qualité de magistrat de l'ordre judiciaire* »¹⁷⁰⁹. La reconnaissance de cette protection offrait en second lieu aux justiciables, l'apparence d'une magistrature des tribunaux administratifs. L'inamovibilité pouvait effectivement pallier, selon le rapporteur du projet devant le Sénat, l'absence de consécration de la qualité de « *magistrat* ». D'après lui : « *Bien que l'ambiguïté, en ce qui concerne les fonctions des membres des tribunaux administratifs, fonctionnaires ou magistrats, persiste, ils bénéficient de l'inamovibilité* ». Cependant, comme il le constatait habilement quelques lignes en amont : « *L'inamovibilité constitue l'une des garanties accordées aux magistrats par leur statut, garantie d'ailleurs consacrée par la Constitution* »¹⁷¹⁰.

488. L'attachement officiellement manifesté à l'inamovibilité pendant les travaux préparatoires, ne s'est pourtant pas traduit par sa consécration expresse dans la loi. Bien au contraire : « *le « mot » a paru faire peur* »¹⁷¹¹, crainte qui a abouti au refus du Gouvernement de reconnaître cette garantie dans son intégralité. Il appartient effectivement de rappeler que le projet de loi, avait été défendu par le ministre de tutelle des tribunaux administratifs, en l'occurrence celui de l'intérieur. Dès lors, les propos tenus par celui-ci à la tribune de l'Assemblée, concernant la reconnaissance de l'inamovibilité, supposent d'être lus à la lumière de cette spécificité. C'est ainsi qu'à l'occasion de la séance du 2 décembre 1985, le Ministre de l'intérieur, Pierre Joxe, prit soin d'affirmer que cette garantie « *existait déjà largement dans les faits* », avant d'ajouter qu'elle : « *est consacrée désormais par la loi puisque l'article 1^{er} du projet de loi dispose : « Lorsqu'ils exercent leurs fonctions de magistrat dans une juridiction administrative...les membres des tribunaux administratifs ne peuvent être mutés, même en avancement, sans leur*

¹⁷⁰⁸ Intervention à la tribune du rapporteur J.-F. Hory, Compte rendu intégral, Assemblée nationale, Séance du 2 décembre 1985, p. 5120. A l'occasion de la même intervention, le député avait relevé le sentiment d'injustice dont souffraient les membres des tribunaux administratifs, depuis l'apparition des magistrats des chambres régionales des comptes deux ans plus tôt : « *la création en 1983 des chambres régionales des comptes, mieux loties à plusieurs égards que les tribunaux administratifs, a aggravé les inquiétudes des membres des ces derniers* ».

¹⁷⁰⁹ J.-F. Hory, rapport n° 3126, *op. cit.*, p. 15-16.

¹⁷¹⁰ J. Thyraud, rapport n° 237, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷¹¹ B. Pacteau, *L'indépendance des juges des tribunaux administratifs. Commentaire de la loi du 6 janvier 1986*, RFDA, septembre-octobre 1986, p. 787.

consentement » »¹⁷¹². Mais comme avait pu le constater le Député Hory dans son rapport¹⁷¹³, la seconde partie de la formule se contentait de reprendre la règle du consentement préalable, telle que retenue pour les magistrats du siège à l'article 4 du Statut organique du 22 décembre 1958. Ce n'est donc pas l'inamovibilité dans son ensemble, que proposait de proclamer le Gouvernement, mais la seule « *inamovibilité de résidence* » [garantie de résidence]. Intervenant à la tribune, le rapporteur s'était d'ailleurs ému de cette contradiction entre le discours et la réalité : « ...derrière le débat de l'automne 1983, n'y avait-il pas autre chose que les objectifs explicitement déclarés ? Cette question est apparemment naïve, mais il me semble à la lecture du projet, que les questions de l'inamovibilité du juge...sont traitées d'une façon qui laisse place à plusieurs interprétations ». Et le parlementaire d'ajouter : « Les membres des tribunaux administratifs sont-ils inamovibles ? Selon l'article 1^{er} du projet de loi, la réponse serait « oui ». Et pourtant l'inamovibilité n'est pas expressément affirmée et l'article 9 du texte sur les prérogatives du conseil supérieur...autorise deux lectures »¹⁷¹⁴. Cette réaction parlementaire est toutefois restée sans lendemain, et, au lieu de la soutenir, une grande majorité de la doctrine paraît bien malheureusement s'être ralliée à la thèse gouvernementale. Tel est le sentiment qui ressort à la lecture des commentaires du Professeur Pacteau : « *Le cœur de la loi du 6 janvier réside évidemment dans son article 1^{er} dont l'alinéa 2 dispose...C'est l'inamovibilité...c'est très exactement la définition même de l'inamovibilité donnée par l'ordonnance organique n° 58-1270...Assurément, y-a-t-il là la disposition phare de la loi de 1986* »¹⁷¹⁵.

Ces positions politique et doctrinale ne sauraient cependant occulter la question de la reconnaissance de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité, en faveur des membres des tribunaux administratifs [garantie juridictionnelle]. L'article 17 alinéa 1^{er} de la loi du 6 janvier 1986, depuis à codifié l'article L. 236 du code de justice administrative, prévoyait que : « *Les mesures disciplinaires sont prises sur proposition du Conseil supérieur des tribunaux administratifs saisi par le président du tribunal administratif ou par le chef de la mission d'inspection des tribunaux administratifs* ». Malgré le silence de cette disposition, concernant l'autorité détentrice du pouvoir disciplinaire, celle-ci est susceptible d'être déterminée suivant l'article 21 du même texte, par renvoi au Statut général de la fonction publique.

¹⁷¹² Intervention de P. Joxe, ministre de l'intérieur et de la décentralisation, séance du 2 décembre 1985, Compte rendu intégral, Assemblée nationale, p. 5123.

¹⁷¹³ J.-F. Hory, rapport n° 3126, *op. cit.*, p. 22.

¹⁷¹⁴ Intervention de J.-F. Hory, Séance du 2 décembre 1985, Compte rendu intégral, Assemblée nationale, p. 5119.

¹⁷¹⁵ B. Pacteau, *op. cit.*, p. 787.

L'article 19 de la loi du 13 juillet 1983 dispose qu'il s'agit de l'autorité investie du pouvoir de nomination, de sorte que cette compétence revient au Président de la République, en vertu de l'article 1^{er} alinéa 1 de la loi de 1986. Cependant, le rôle du chef de l'Etat se trouve subordonné pour certaines sanctions, à la consultation préalable du Conseil supérieur des tribunaux administratifs. Ainsi que l'avait précisé le rapporteur du Sénat en 1985, l'intervention de cette instance est requise pour le prononcé de toutes les mesures graves, excluant l'avertissement et le blâme. La garantie d'indépendance offerte par l'existence de cet organe, souffre néanmoins de difficultés tenant à sa composition et à ses attributions. Concernant le premier aspect, l'article L. 232-4-1 du code précité dispose depuis 2002, que le Conseil supérieur : « *siège toujours dans la même composition¹⁷¹⁶, quel que soit le niveau hiérarchique des magistrats dont le cas est examiné* ». Cette disposition se situe en retrait par rapport à celles qui, applicables aux magistrats judiciaires et financiers, établissent la compétence d'une formation spécifique. Elle marque en outre un recul vis-à-vis du droit commun de la fonction publique, impliquant que l'instance consultative soit uniquement composée de personnes d'un grade égal ou supérieur, à celui auquel appartient l'intéressé.

Mais la principale difficulté résulte du fait que le pouvoir dévolu au Conseil supérieur, n'induit pas totalement que ses propositions lient l'autorité disciplinaire. La doctrine se révèle s'ailleurs à cet égard, relativement réservée. Les développements consacrés par le Professeur Perrot sur ce point, tranchent ainsi avec la fermeté habituelle de ses propos : « *la « proposition » est plus qu'un simple « avis »...on doit en déduire, semble-t-il, que l'autorité chargée de la gestion du corps...ne pourrait pas retenir une autre mesure que celle qui lui est proposée* »¹⁷¹⁷. Guy Canivet et Julie Joly-Hurard se veulent encore moins rassurants. Selon eux, le chef de l'Etat ne serait pas lié par la proposition, à charge pour lui néanmoins, d'informer le Conseil des motifs l'ayant amené à prendre une autre décision. Les deux auteurs vont même plus loin, en soulignant que « *dans l'hypothèse où aucune majorité ne se dégagerait au sein du Conseil* », son président : « *en informe l'autorité disciplinaire qui se charge de régler définitivement la situation du*

¹⁷¹⁶ Présidé par le vice-président du Conseil d'Etat, le collège ordinaire comprend treize membres, au terme de l'article L. 232-2 du code de justice administrative : le conseiller d'Etat chargé de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives ; le directeur général de la fonction publique ; le secrétaire général du Conseil d'Etat ; le directeur du service judiciaire du ministère de la justice ; cinq représentants de l'ensemble des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, élus par leurs pairs ; et trois personnalités qualifiées respectivement désignées par le Président de la République et les présidents des deux assemblées.

¹⁷¹⁷ R. Perrot, *op. cit.*, 12^e éd., 2006, pp. 320-321.

*magistrat poursuivi : soit en ne prononçant aucune sanction ; soit en décidant d'en prononcer une malgré tout »*¹⁷¹⁸.

§ 2 . L'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat

489. Les membres du Conseil d'Etat ne bénéficient pas, à la différence des ceux des autres corps, d'une inamovibilité de droit. Ils se trouvent placés selon les termes du Professeur Sandevor, dans une situation de « *presque inamovibilité* », résultat du binôme : « *une amovibilité de droit, une inamovibilité de fait* ». Comme le souligne le même auteur, cette formule qui peut paraître de prime abord, « *hilarante dans la bouche d'un juriste* », semble pourtant au final, « *avoir résolu le problème* » de la protection des membres de la haute institution contre les risques d'éviction arbitraire¹⁷¹⁹. Cette inamovibilité de fait serait en effet, « *ni plus ni moins efficace que si elle était de droit* »¹⁷²⁰, et aurait occulté l'amovibilité de droit au point de faire dire au Professeur Perrot, que les membres du Conseil d'Etat en « *ont toujours bénéficié* »¹⁷²¹. Or cette garantie originale, en vérité bien plus proche de l'irrévocabilité de fait que de l'inamovibilité de droit, possède des sources à la fois institutionnelles (A) et corporatives (B).

A . Les sources institutionnelles de l'inamovibilité de fait

490. De la même manière que l'intégration des membres du Conseil d'Etat dans l'administration, justifie traditionnellement le refus d'octroi d'une inamovibilité de droit¹⁷²², leur dissociation progressive de l'administration active permet d'expliquer l'acquisition d'une inamovibilité de fait. Cette dernière est le fruit de la pleine appartenance de ces agents, à une institution d'essence consultative (1°), qui comprend elle-même en son sein, une composante juridictionnelle (2°).

¹⁷¹⁸ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, *op. cit.*, pp. 142-143

¹⁷¹⁹ P. Sandevor, *Etude sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, thèse de doctorat, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 1964, p. 335.

¹⁷²⁰ M. Gjidara, *La fonction administrative contentieuse : étude de science administrative*, thèse de doctorat, LGDJ, Bibliothèque de science administrative, Paris, 1972, p. 389.

¹⁷²¹ R. Perrot, *op. cit.*, 12^e éd., 2006, p. 303.

¹⁷²² J.-M. Auby, R. Drago, *op. cit.*, 3^e éd., 1984, p. 252.

1°) La fonction consultative du Conseil d'Etat, source d'irresponsabilité face au Pouvoir

491. A l'heure où la question du maintien de la dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat, paraît enfin se clore après quinze ans d'un débat passionné¹⁷²³, il serait sans doute opportun de se remémorer les avantages procurés par celle-ci. L'un d'eux réside en effet, dans la promotion d'une inamovibilité de fait des membres de la Haute institution. Cette idée peut toutefois sembler paradoxale, à la lecture d'une certaine partie de la doctrine. Comme ont pu le souligner en ce sens, les Professeurs Auby et Drago : « *La raison essentielle qui s'oppose à la consécration législative ou même constitutionnelle de cette inamovibilité est que le Conseil d'Etat continue d'être un organe du pouvoir exécutif* »¹⁷²⁴. Le Professeur Sandevor a pu estimer, mieux encore, que : « *l'inamovibilité de fait du juge administratif est le reflet de sa nature « judiciaire » au sens matériel ; son amovibilité de droit est la suite naturelle de sa nature administrative : elle dérive de l'essence du Conseil d'Etat* »¹⁷²⁵. Il faudrait alors comprendre *a contrario*, que « l'essence » administrative, et plus précisément consultative de l'institution, n'assure aucune garantie particulière à ses membres. Bien au contraire, ceux qui participeraient à ses formations administratives, seraient soumis en théorie, à une « *amovibilité de droit* », confortée en pratique, par une « *amovibilité de fait* ».

Cette conception qui s'explique en partie par une interprétation extensive et utilitaire de l'adage : « *juger l'administration, c'est encore administrer* », conduit pourtant à éluder la spécificité de la compétence consultative du Conseil d'Etat, vis-à-vis de la fonction administrative générale. En vérité, « *Conseiller l'administration* », ce n'est pas forcément « *administrer* ». Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos l'ont d'ailleurs indirectement laissé entendre, en relevant que dans l'exercice de ses attributions juridictionnelles, le Conseil d'Etat : « *procède d'une...tradition, qui est précisément celle du conseil et non de la cour de justice* »¹⁷²⁶. Cela signifie concrètement que, dans le cas de cette institution, « *juger l'administration* » ne revient pas non plus nécessairement à « *administrer* » celle-ci. Le Doyen Hauriou s'est ainsi appuyé sur la singularité de cette fonction consultative, pour expliquer qu'en dépit de sa nature administrative, le Conseil d'Etat a pu apparaître dans

¹⁷²³ Voir notamment sur ce sujet : D. Labetoulle, président de section honoraire au Conseil d'Etat, *Sur la double fonction du Conseil d'Etat*, Revue juridique de l'économie publique, novembre 2009, pp. 1-2.

¹⁷²⁴ J.-M. Auby, R. Drago, *op. cit.*, 2^e éd., 1975, p. 186, et 3^e éd., 1984, p. 252.

¹⁷²⁵ P. Sandevor, *Le Conseil d'Etat et la réforme de 1963 (II)*, Revue administrative, n° 96, 1963, p. 579.

¹⁷²⁶ A. Garapon, I. Papadopoulos, *op. cit.*, p. 159.

l'exercice de sa compétence juridictionnelle, comme un « *juge véritable... tiers impartial entre l'administration et les administrés* ». Ainsi que l'écrivait alors l'auteur : « *Cette condition, qui semble impossible à réaliser, s'est réalisée cependant d'une façon très simple, en utilisant la séparation qui s'est opérée dans l'administration elle-même entre un personnel actif et un personnel consultatif. C'est le personnel des conseils consultatifs, conseils de préfecture et Conseil d'Etat, qui a fourni les juges administratifs* »¹⁷²⁷.

492. L'indépendance étant une condition de l'impartialité dans la fonction de juger, il appartient en conséquence d'atténuer l'affirmation du Professeur Sandevor, en précisant que l'essence consultative du Conseil d'Etat a pu favoriser l'inamovibilité de fait de ses membres. Tel est le cas en pratique, puisque l'exercice de cette compétence, dont il convient de rappeler qu'elle s'est révélée exclusive jusqu'à la loi du 24 mai 1872¹⁷²⁸, a permis de faire émerger l'idée d'une certaine irresponsabilité des membres du Conseil d'Etat, vis-à-vis du Pouvoir politique. Celle-ci repose sur quatre éléments complémentaires, en rapport avec la fonction de conseil. Cette dernière ne traduirait l'exercice d'aucun « pouvoir », de sorte que le Conseil d'Etat ne pourrait pas être « responsable » devant le gouvernement. Elle impliquerait en outre, l'admission d'une certaine diversité d'opinions au sein de l'institution, et imposerait enfin, une certaine pondération dans son exercice.

493. Pour le Doyen Hauriou, le personnel consultatif du Conseil d'Etat : « *n'a ni pouvoir, ni responsabilité* »¹⁷²⁹. Tandis que l'absence de pouvoir serait intrinsèque à la fonction de conseil, l'absence de responsabilité serait liée à son corollaire : l'exigence d'une séparation suffisante à l'égard du gouvernement. L'idée suivant laquelle les membres du Conseil d'Etat n'exerceraient aucun pouvoir, était déjà admise au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution du 22 frimaire an VIII. En effet, cette institution décelait moins un esprit d'innovation de la part du Consulat, qu'un souci d'établir un lien de continuité avec l'Ancien Régime. Le Conseil d'Etat bonapartiste exprimait, selon les termes du Vice-président Laferrière : « *un retour à l'institution de l'ancien Conseil d'Etat du roi* »¹⁷³⁰. Or ce dernier, était lui-même regardé à la veille de la Révolution, comme « *l'antique rameau non*

¹⁷²⁷ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 9^e éd., 1919, p. 1013.

¹⁷²⁸ Dans le cadre de la justice retenue, les projets d'arrêts préparés par la formation contentieuse du Conseil d'Etat, pouvaient s'analyser comme des avis « *perfectionnés* », qu'il revenait au chef de l'Etat de sanctionner, pour en faire de véritables arrêts. Voir sur ce point : T. Sauvel, *La justice retenue de 1806 à 1872*, RDP, n° 2, mars-avril 1970, pp. 237-285.

¹⁷²⁹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, 9^e éd., 1919, p. 1013.

¹⁷³⁰ J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 447.

« *démembré* » de la *Curia regis* »¹⁷³¹. Sous l’Ancienne Monarchie, le fait pour les rois de s’entourer de conseillers capables et compétents, était « *non seulement un droit, mais un devoir* »¹⁷³². Cette « *dette* » envers la société, n’avait cependant pas pour objet d’assurer un exercice collégial de la souveraineté, mais visait seulement à permettre au monarque, de faire preuve de « *prudence* » dans l’art de gouverner¹⁷³³. Le Conseil étant alors un simple support intellectuel, indissociable de la personne royale, il ne pouvait dans le même temps bénéficier d’un pouvoir propre. C’est en ce sens qu’opinait Jean Bodin, en jugeant que : « *la raison péremptoire pour quoi le conseil ne doit pas avoir de commandement, est que, s’il avoit puissance de commander ce qu’il conseille, la souveraineté seroit au conseil, et les conseillers d’Etat, au lieu d’être conseillers, seroient maîtres* »¹⁷³⁴. Au contraire, comme l’a écrit Charles Loyseau, il devait être admis que : « *Le conseil privé du roi n’a point de jurisdiction ordinaire, et les conseillers d’icelui ne sont que commissaires, aussi n’ordonnent-ils rien en leur nom, mais font toujours parler le roi en tout ce qu’ils ordonnent* »¹⁷³⁵.

Ce principe fut naturellement repris et sans cesse rappelé au XIX^e siècle, y compris en matière contentieuse, pendant toute la période où le Conseil d’Etat apparut comme le conseil du prince. Dans son ouvrage sur la *Législation et la Jurisprudence françaises*, publié en 1810, le Secrétaire général Locré en rappela notamment la teneur : « *Le Conseil...ne décide qu’en matière de mise en jugement seulement, et sauf l’approbation de l’Empereur. Pour le surplus, il n’a que voix consultative : sa mission...se borne à donner son opinion dans les avis qui n’ont de force que lorsque S.M. les approuve* »¹⁷³⁶. L’intervention de la loi du 24 mai 1872, si elle a permis une double dissociation du Conseil vis-à-vis du Pouvoir¹⁷³⁷, n’a pas remis en cause cette idée fondatrice, suivant laquelle celui qui est amené à donner un avis au Souverain ou au décideur politique, ne décide pas lui-même. Deux exemples pris à cinquante ans d’intervalle, sous la V^{ème} République, l’illustrent parfaitement.

¹⁷³¹ *Ibid.*, p. 101.

¹⁷³² M. Henrion de Pansey, *De l’autorité judiciaire en France*, *op. cit.*, 1818, p. 501.

¹⁷³³ Voir sur cette question : J. Krynen, *La déontologie...*, *op. cit.*, pp. 39-72.

¹⁷³⁴ J. Bodin, *Les Six livres de la République*, livre III, chap. I. Cité par M. Henrion de Pansey, *De l’autorité judiciaire...*, *op. cit.*, p. 500.

¹⁷³⁵ C. Loyseau, *Cinq livres...*, *op. cit.*, livre I, chap. III, p. 36.

¹⁷³⁶ J. G. Locré de Roissy, secrétaire général du Conseil d’Etat, *Législation et jurisprudence françaises*, Paris, 1810, pp. 17-19. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d’Etat...*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁷³⁷ Le Conseil cesse alors d’apparaître comme le conseil du « *prince* », pour devenir un conseil au service d’un « *Etat de droit* ». Plus spécifiquement, en matière contentieuse, il évolue d’un statut de justice retenue, vers celui de justice déléguée.

Dans ses *Mémoires d'espoir*, à propos de l'avis défavorable du Conseil d'Etat sur le projet de loi référendaire de 1962, le Général de Gaulle écrivait : « *au vice-président Alexandre Parodi, qui vient (m')apporter (les conclusions)..., je réponds que je ne tiendrai aucun compte d'un « avis » de cette sorte et qui, au demeurant, suivant la loi, ne m'engage à rien* »¹⁷³⁸. Beaucoup plus récemment, face à l'étude du Conseil d'Etat révélant les potentiels obstacles juridiques d'une interdiction du port du voile intégral¹⁷³⁹, certaines personnalités politiques n'ont pas manqué d'évoquer les limites de la compétence consultative de la Haute institution, afin de justifier la décision du Gouvernement de « *passer outre* ». Ainsi que l'aurait notamment résumé le Député Patrick Balkany, réputé proche du Chef de l'Etat : « *Le Conseil d'Etat donne des conseils. On n'est pas obligés de les suivre* »¹⁷⁴⁰.

494. Cette conception de la fonction consultative du Conseil d'Etat, antonyme de « pouvoir », semble avoir permis de freiner la subordination hiérarchique de son personnel, à l'élément « politiquement responsable » dans l'Exécutif : le gouvernement. Le Ministre de l'intérieur Beugnot, affirmait ainsi en l'an VIII : « *Un conseiller d'Etat est placé par la Constitution en dehors de la puissance exécutive ; il lui est aussi étranger qu'un membre du Corps législatif* »¹⁷⁴¹. A la fin de la Restauration, Guillaume Routhier abondait dans le même sens, en précisant que les membres du Conseil d'Etat : « *sont des conseillers fonctionnaires qui n'ont point d'autorité* », avant d'ajouter : « *l'Etat ne regarde pas les auxiliaires des responsables [gouvernants], comme responsables envers lui (nous parlons de ces auxiliaires qui conseillent et non de ceux qui agissent)* »¹⁷⁴². En conséquence, il parut acquis jusqu'au début de la IIIe République, que les membres du Conseil ne pouvaient relever de l'autorité des ministres, c'est-à-dire la partie politiquement responsable, au sein du Pouvoir exécutif. Ils devaient au contraire relever du chef de

¹⁷³⁸ C. de Gaulle, Président de la République, *Mémoire d'espoir*, t. 2, *L'effort (1962...)*, Plon, Paris, 1971, pp. 45-sq.

¹⁷³⁹ Conseil d'Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du voile intégral*, rapport adopté par l'assemblée plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010, Conseil d'Etat, Section du Rapport et des études, Paris, 2010, 46 p.

¹⁷⁴⁰ Voir : C. Gabizon, S. Huet, *Burqa : l'avis du Conseil d'Etat contesté*, Le Figaro, 30 mars 2010.

¹⁷⁴¹ J. C. Beugnot, ministre de l'intérieur, rapport au Premier Consul réalisé en l'an VIII, Archives nationales, Papiers Beugnot, 40 AP 14. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 94.

¹⁷⁴² G. Routhier, *De l'organisation du Conseil d'Etat en cour judiciaire...*, op. cit., 1828, p. 36.

l'Etat¹⁷⁴³, dont ils avaient d'ailleurs vocation à former le conseil. Au regard d'une telle approche, il est sans doute plus facile de comprendre la décision du Pouvoir politique d'interdire le cumul des fonctions de membre du Conseil d'Etat, avec une fonction dans l'administration active. Le projet de Constitution établi par Pierre Daunou, au lendemain du Coup d'Etat du 18 brumaire, prévoyait déjà dans son article 67 alinéa 2 : « *Un conseiller ne peut être chargé d'aucune branche d'administration active, ni générale, ni spéciale, ni locale* »¹⁷⁴⁴. Mais il fallut néanmoins attendre la loi du 21 juillet 1845, adoptée sous la Monarchie de Juillet, pour voir une telle initiative entrer dans le droit. L'article 5 de ce texte, disposait plus précisément, que : « *Les fonctions de conseiller d'Etat et de maître des requêtes en service ordinaire sont incompatibles avec toute autre fonction publique* ». Cette disposition admettait seulement deux exceptions. L'une, en faveur des membres également élus au sein d'une assemblée parlementaire, s'est maintenue jusqu'à la fin du régime, dans la mesure où elle ne remettait pas en cause leur indépendance à l'égard du gouvernement¹⁷⁴⁵. L'autre, visant les membres du Conseil d'Etat en service extraordinaire, a été réitérée jusque dans le droit positif, en raison de la spécificité de leur statut¹⁷⁴⁶.

Cette situation favorable aux membres du Conseil d'Etat, a toutefois pu engendrer dans le courant du XIXe siècle, un certain ressentiment de la part des ministères successifs. En effet, la compétence consultative de l'institution impliquait, d'après le Député Hély d'Oissel, que ses : « *avis ne prennent un corps, ne deviennent une décision obligatoire pour les intéressés, qu'après qu'un ministre a proposé au roi de signer une ordonnance que ce même ministre contresigne ensuite pour y rattacher sa propre responsabilité* »¹⁷⁴⁷. Il en résultait alors, dans l'hypothèse où le chef de l'Etat choisissait de s'approprier le contenu de l'avis, une inégale répartition

¹⁷⁴³ Sous réserve de la personne du président de la République, sous l'empire de la Constitution du 4 novembre 1848 (article 68), le chef de l'Etat est traditionnellement irresponsable politiquement, depuis l'an VIII.

¹⁷⁴⁴ Pierre Daunou appartenait à la commission du Conseil des Cinq Cents chargée, avec une commission du Conseil des Anciens, de : « *préparer les changements à apporter aux institutions organiques de la Constitution (de l'an III) dont l'expérience a fait sentir les vices et les inconvénients* ». Voir les dispositions de ce projet, in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 26.

¹⁷⁴⁵ Si l'article 13 de la loi du 3 mars 1849, adoptée sous la Seconde République, entretenait une certaine ambiguïté, l'article 6 du décret organique du 25 janvier 1852, pris sous la République décennale, se révélait d'une grande clarté : « *Les conseillers d'Etat en service ordinaire et les maîtres des requêtes ne peuvent être sénateurs, ni députés au corps législatif* ».

¹⁷⁴⁶ Voir en ce sens, les articles L. 121-4 à L. 121-8 du code de justice administrative.

¹⁷⁴⁷ A. P. F. Hély d'Oissel, député, Intervention devant la Chambre des députés, Séance du 26 juin 1828, Archives parlementaires, Chambre des députés, p. 368. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 294.

des tâches entre le Conseil d'Etat, le chef de l'Etat, et le gouvernement. Comme le relevait Louis-Antoine Macarel, en matière contentieuse : « *les causes administratives ont trois sortes de juges suprêmes : D'abord un juge de fait, c'est le Conseil d'Etat... Ensuite, un juge de droit, c'est le Roi... Enfin un juge responsable, c'est le ministre* »¹⁷⁴⁸. Les membres du gouvernement étaient en conséquence tenus pour politiquement responsables, devant le chef de l'Etat et/ou la chambre basse, du contenu des avis rendus par les membres du Conseil d'Etat. Le Député Augustin Devaux pouvait alors dénoncer, le 9 avril 1828, cette état des choses dans lequel : « *Le Conseil d'Etat exerce cette puissance perturbatrice de l'ordre légal, sans responsabilité collective, puisqu'il ne forme pas un corps constitué... ; sans responsabilité individuelle, car il opère dans le secret, qui s'étend jusqu'au nom de ceux qui concourent à ses délibérations* »¹⁷⁴⁹. L'affaiblissement du rôle du chef de l'Etat, consécutif à la loi du 24 mai 1872 et la crise du 16 mai 1877, ne s'est toutefois pas traduit par une mainmise ministérielle sur le personnel du Conseil d'Etat. Ce dernier semble au contraire avoir bénéficié à partir de cette époque, de l'appui gouvernemental, afin d'évoluer du service du « *prince* » vers celui d'un « *Etat de droit* ». Sans doute est-il possible d'y voir, la contrepartie de l'essor du recours pour excès de pouvoir qui, né sous l'empire de la justice retenue, a pu apparaître pour les gouvernements et leurs membres, un substitut avantageux à la mise en jeu de leur responsabilité politique¹⁷⁵⁰.

495. L'idée d'une irresponsabilité des membres du Conseil d'Etat, se trouve encore impliquée par la fonction consultative de ce dernier, dans la mesure où son exercice suppose l'admission d'une certaine diversité d'opinions. C'est cette pluralité de positions et leur confrontation qui, au sein d'une institution collégiale comme le Conseil d'Etat, assure la solidité des avis rendus. Or, une telle exigence passe en théorie par la soumission des conseillers, à un régime plus souple que celui traditionnellement appliqué aux autres agents, placés dans un lien de subordination vis-à-vis l'Administration. Dans le cas du Conseil d'Etat, force est de constater que ce résultat a été recherché dès l'an VIII, et que les régimes les plus autoritaires ont paradoxalement eu à cœur de l'atteindre. Le Consulat et le Premier Empire d'une part, et la République et le Second Empire d'autre part, se sont en effet officiellement

¹⁷⁴⁸ L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, op. cit., 1828, p. 36.

¹⁷⁴⁹ A. M. Devaux, député, Intervention à la Chambre des députés, Séance du 9 avril 1828, Archives parlementaires, Chambre des députés, pp. 244-245. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 287.

¹⁷⁵⁰ Voir sur ce point, les développements consacrés dans sa thèse par Carlos-Miguel Pimentel, sous l'intitulé : « *La juridiction administrative, substitut à la responsabilité politique ?* ». C.-M. Pimentel, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, thèse de doctorat, L'auteur, Paris, 2002, pp. 596-601.

attachés à promouvoir, la diversité du recrutement et la liberté d'expression. C'est en arrêtant la composition initiale du Conseil, que Napoléon Bonaparte aurait eu cette formule heureuse : « *Gouverner par un parti, c'est se mettre tôt ou tard dans sa dépendance. On ne m'y prendra plus ; je suis national. Je me sers de tous ceux qui ont de la capacité et la volonté de marcher avec moi. Voilà pourquoi j'ai composé mon Conseil...de constituants...de royalistes...enfin, de jacobins...J'aime les honnêtes gens de toutes les couleurs* »¹⁷⁵¹. Un demi-siècle plus tard, le Prince-Président devait ouvertement chercher à constituer, par référence à son oncle, un Conseil d'Etat marqué par un éclectisme politique et un certain souci d'efficacité¹⁷⁵². Ce pluralisme trouvait en toute logique, son prolongement dans la liberté de discussion et d'opinion. A défaut d'être totale et permanente, des membres du Conseil d'Etat n'ont pas manqué de préciser que cette liberté, n'a pas été totalement illusoire. Antoine Thibaudeau constate ainsi, dans ses *Mémoires*, que l'institution : « *était composé(e) d'hommes d'opinions très diverses ; chacun soutenait librement la sienne. La majorité n'était pas oppressive. Loin de se rendre à son avis, le Premier Consul excitait la minorité. Il laissait se prolonger pendant des heures entières des discussions qu'il aurait pu terminer en un quart d'heure. Il n'y avait que la contradiction publique qu'il ne supportait pas* »¹⁷⁵³. Le Conseiller d'Etat Bavoux reconnaissait dans le même sens, sous la République décennale, que : « *En l'absence du Prince, comme en sa présence, la liberté la plus absolue inspire les discussions que l'impartialité, la bienveillance simple et curieuse de l'auguste président provoque sans cesse à la plus simple franchise* »¹⁷⁵⁴.

Dans le sillage des régimes consulaire et impériaux, les monarchies constitutionnelles et les républiques qui se sont succédées au cours des deux derniers siècles, se sont également efforcées de favoriser le pluralisme au sein de la Haute institution administrative. Mais tandis que la diversité du recrutement a pu sembler être appréciée, jusque dans les débuts de la III^{ème} République, principalement sur la base de la couleur politique, elle s'est progressivement reportée sur l'expérience professionnelle. Il est d'abord possible de constater une certaine constance, dans la mise en œuvre du premier critère, et ce malgré l'hétérogénéité des régimes. C'est ainsi que sous la Restauration, la moitié des conseillers nommés par l'ordonnance

¹⁷⁵¹ Cité par A. C. Thibaudeau, conseiller d'Etat, *Le Consulat et l'Empire ou Histoire de France et de Napoléon Bonaparte de 1799 à 1815*, t. 1, Jules Renouard, Paris, 1834, p. 115.

¹⁷⁵² Voir : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 472.

¹⁷⁵³ A. C. Thibaudeau, *Mémoires (1799-1815)*, Plon, Paris, 1913, chap. XVI, pp. 257-258. Cité in *ibid.*, p. 112.

¹⁷⁵⁴ E. Bavoux, *Le Conseil d'Etat*, in *La France sous Napoléon III : l'empire et le régime parlementaire*, t. 2, Plon, Paris, 1870, p. 514. Cité in *ibid.*, p. 492.

royale du 5 juillet 1814, avaient appartenu « *au dernier Conseil d'Etat* »¹⁷⁵⁵. De la même façon, pendant la Seconde République, la moitié des conseillers qui furent élus par l'Assemblée nationale, le 18 avril 1849, avaient siégé dans le Conseil d'Etat de la Monarchie de Juillet¹⁷⁵⁶. Enfin, alors que la loi du 13 juillet 1879 avait été adoptée dans les premières années de la III^{ème} République, afin d'épurer le Conseil d'Etat, elle devait épargner la maîtrise des requêtes dont une partie pourtant, avait commencé sa carrière sous le Second Empire¹⁷⁵⁷. La consolidation de la République apparaissant acquise à cette date, la diversité politique a dès lors pu céder le pas à celle de l'expérience et des profils professionnels. La mise en œuvre de cette dernière exigence ne devait cependant pas reposer sur tout l'éventail des modes d'intégration au Conseil, mais principalement sur le recrutement au tour extérieur¹⁷⁵⁸, et la nomination temporaire en qualité de conseiller d'Etat en service extraordinaire¹⁷⁵⁹. Ces procédés qui ont existé presque sans interruption depuis l'an VIII, en marge du recrutement normal, permettent l'entrée au Conseil d'Etat de « *personnalités extérieures choisies en raison de leur qualification dans les différents domaines de l'activité nationales* »¹⁷⁶⁰. Elles apportent en conséquence à l'institution, une ouverture sur des réalités politiques, administratives, économiques et sociales, nécessaire au bon exercice de la fonction consultative. Or, leur contribution à la qualité du débat, se veut à la hauteur de leur importance quantitative. Comme le relevait le Professeur Chapus, en 1992 : « *Au total, près de la moitié des membres du corps n'ont pas commencé leur carrière administrative au Conseil d'Etat. Il en résulte un enrichissement très important pour le Conseil qui groupe un ensemble exceptionnel d'expériences et de compétences* »¹⁷⁶¹.

496. L'idée d'une certaine irresponsabilité des membres du Conseil d'Etat résulte, enfin, de l'esprit de pondération progressivement acquis par le corps, dans le cadre de l'exercice des fonctions consultatives. Afin de constituer une aide véritable dans la prise de décision, un avis doit être le fruit, selon Guillaume Routhier, d'un « *travail préparatoire* » impliquant tout à la fois : « *une haute capacité, de grandes*

¹⁷⁵⁵ L ; Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 215-216.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, pp. 430-431.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, pp. 605-606.

¹⁷⁵⁸ Leur nomination (compétence et *quantum*) se trouve aujourd'hui régie par les articles L. 133-3, L. 133-4, L. 133-7 du code de justice administrative.

¹⁷⁵⁹ Leur statut se trouve aujourd'hui régi par les articles L. 121-4 à L. 121-8 du code de justice administrative.

¹⁷⁶⁰ Article L. 121-4 alinéa 1^{er} du code de justice administrative.

¹⁷⁶¹ Cité par P. Sabourin, *Un Persan au Conseil d'Etat*, AJDA, 20 juillet-20 août 1993, p. 522.

lumières, mais aussi beaucoup de temps et de réflexion »¹⁷⁶². Sa vertu consiste donc à prévenir les excès de l'action, et par extension, les conséquences dommageables que ceux-ci pourraient engendrer, y compris au détriment du décideur. Or, si la fonction de conseil peut être en ce sens une sûreté pour le décideur, elle peut *a priori*, l'être également pour les conseillers. Il convient alors de noter que le Conseil d'Etat a adopté une méthode générale de travail qui, fort de cette culture du conseil, traduit une très grande prudence. Dès ses débuts, l'institution aurait opté dans ses délibérations, pour un « *style* » très sobre d'où l'éloquence était bannie »¹⁷⁶³. Pelet de la Lozère relève ainsi que : « *quiconque voulait parler demandait la parole...Les discours devaient être simples et sans phrases...Il fallait posséder la matière et avoir dans l'esprit une abondante provision de faits* »¹⁷⁶⁴. Ce mélange de discrétion et de maîtrise des sujets traités, a rapidement trouvé son prolongement, dans l'essor du travail d'équipe. Ici encore, cela a été au profit d'un certain perfectionnisme. Comme a pu l'écrire le Conseiller d'Etat Puget, le Conseil offre : « *traditionnellement un modèle...il y a action prépondérante d'une équipe qui s'est spécialement penchée sur (une) affaire, qui a collaboré vraiment, quoique parfois en soutenant des opinions opposées, couple rapporteur et président dans les formations administratives, trio rapporteur-commissaire du Gouvernement et président, dans les formations contentieuses. Et le travail d'équipe apparaît aussi sous une autre forme, dans l'intimité de la Section ou mieux encore de la sous-section, dans les entretiens de collègue à collègue, les échanges d'informations, les conciliabules à la bibliothèque sur un dossier épineux* »¹⁷⁶⁵. La garantie offerte par cette culture du conseil, se devine au final, tout particulièrement au contentieux, là où le risque de heurter est le plus grand. Ainsi, d'après le Professeur Kessler : « *Les revirements de jurisprudence...sont relativement peu fréquents. Mais ils sont le fruit d'une réflexion attentive et d'une maturation lente...Pour que l'innovation se produise, il faut que des circonstances favorables se présentent...il est très rare qu'une innovation soit le fruit d'un entraînement de séance dû à une « illumination individuelle ou collective »*. Le Conseil se méfie des solutions inattendues et improvisées »¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁶² G. Routhier, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁶³ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, pp. 116-117.

¹⁷⁶⁴ J. Pelet de la Lozère, *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration*, Firmin Didot, Paris, 1833, pp. 9-10. Cité in *ibid.*, p. 116-117.

¹⁷⁶⁵ H. Puget, conseiller d'Etat, *Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat*, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire (4 nivôse an VIII – 24 décembre 1949), Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 115.

¹⁷⁶⁶ M.-C. Kessler, *Le Conseil d'Etat*, Armand Colin, Cahiers de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1968, p. 176.

Ce souci de pondération a pour corollaire un certain refus du dogmatisme, tant politique que juridique. L'idée d'un corps partisan, fut ainsi fermement rejetée à partir du milieu du XIX^e siècle. D'après le Conseiller d'Etat Marbeau, ce phénomène ressortait déjà avec clarté sous le Second Empire : « *Le Conseil d'Etat...redoute l'esprit de parti, et il se défie des politiciens. Sous le Second Empire, ce n'étaient pas les plus ardents bonapartistes qui y étaient écoutés avec le plus de faveur. Le Conseil réservait sa confiance pour les hommes...moins engagés dans les querelles politiques* »¹⁷⁶⁷. Au lendemain de l'épuration du Conseil d'Etat, en application de la loi du 13 juillet 1879, le Conseiller Weiss devait de la même façon, dénoncer les risques d'une républicanisation exacerbée de l'institution. Il écrivait en ce sens : « *La conséquence ! Les ministres ne l'ont pas calculée...Ils n'ont cru dissoudre qu'un Conseil d'Etat particulier, qui ne leur plaisait point ; ils ont sapé les principes essentiels sur lesquels repose l'idée même d'un Conseil d'Etat...c'est la fin d'une institution* »¹⁷⁶⁸. Cette répugnance à l'esprit de parti, vint au final trouver sa consécration formelle dans les articles 3 et 4 du décret du 30 juillet 1963, interdisant de se prévaloir de son appartenance au Conseil à l'appui d'une activité politique, et posant une obligation de réserve¹⁷⁶⁹. Il est d'ailleurs intéressant de constater que ce dernier texte, adopté dans le contexte de la crise institutionnelle et politique provoquée par l'arrêt « *Canal* », a permis de lutter contre une autre dérive : celle du « *sectarisme* » juridique. Dès le début de la III^{ème} République, le souci de préserver la fonction juridictionnelle des éléments dont l'« *objectivité pouvait être mise en doute* »¹⁷⁷⁰, avait conduit le Conseil à opérer une scission de fait, entre ses sections administratives et contentieuse. Les membres du Conseil d'Etat effectuant dans la pratique leur carrière au sein de l'une ou de l'autre des deux formations, la Section du contentieux avait pu se développer comme un repère de : « *fanatiques du contentieux qui ont trouvé dans cet art subtil une vocation presque sacerdotale et qui, pour se distraire de leurs dossiers, composent des mots croisés contentieux* »¹⁷⁷¹. Cette juridictionnalisation excessive fut dans ces conditions regardée, lors de la survenance de l'arrêt précité, comme un danger alternatif voir complémentaire au

¹⁷⁶⁷ E. Marbeau, conseiller d'Etat, *Le grand Orient devant le Conseil d'Etat*, Revue des Deux Mondes, 15 mars 1901, pp. 365-366. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 473.

¹⁷⁶⁸ J.-J. Weiss, conseiller d'Etat, *La fin d'une institution*, Revue de France, t. 37, septembre-octobre 1879, pp. 35-36. Cité in *ibid.*, p. 590.

¹⁷⁶⁹ Il s'agit plus précisément, de l'article 3 alinéa 3 et de l'article 4 du décret n° 63-766 du 30 juillet 1966. Ces dispositions ont été reprises, s'agissant des membres du Conseil en service ordinaire, aux articles L. 131-2 et L. 131-3 du code de justice administrative. En outre, l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000, les a étendues aux conseillers d'Etat en service extraordinaire, ainsi que cela ressort de l'article L. 121-8 du même code.

¹⁷⁷⁰ M. Philippe, *Le Conseil d'Etat et ses tendances actuelles*, RDP, 1906, pp. 78-79.

¹⁷⁷¹ M.-C. Kessler, *Le Conseil d'Etat*, op. cit., p. 206.

premier. Dans une allocution prononcée le 30 mai 1963, en présence du garde des Sceaux, le Vice-président Parodi admettait : « *Le Conseil d'Etat, qui n'est pas un Parlement d'ancien régime, a conscience qu'il y a...des réformes à apporter...L'essentiel,...c'est d'éviter que la section du contentieux, qui est au cœur du Conseil d'Etat, ne puisse apparaître comme un organisme de trop pure science juridique et qu'elle manque jamais de cette compréhension précise de réalités administratives qui est le fondement de son action et e sa compétence* »¹⁷⁷². Cette prise de conscience eut pour conséquence l'adoption de la règle de la « *double appartenance* » aux sections administratives et contentieuse, et celle, alternative, de l'appartenance temporaire à cette dernière¹⁷⁷³.

2°) La fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat, source d'indépendance face au Pouvoir

497. Une seconde cause institutionnelle de l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat, réside dans l'existence au sein de ce dernier, d'un organe juridictionnel. En effet, comme devait le souligner en 1961, le Vice-président Cassin : « *Jamais le pouvoir politique n'oserait révoquer un conseiller d'Etat ou un président du Conseil d'Etat, parce qu'il aurait rendu une sentence déplaisante au pouvoir* »¹⁷⁷⁴. Le Vice-président de la Haute institution tirait alors les conséquences de ce principe immanent, qui a depuis lors fait l'objet d'une consécration constitutionnelle, suivant lequel l'indépendance : « *est indissociable des fonctions juridictionnelles* »¹⁷⁷⁵. Malgré la spécificité de ce lien, il convient toutefois de préciser au préalable que, dans le cas du Conseil d'Etat, l'existence d'une telle formation n'est pas uniquement susceptible de bénéficier aux seuls membres qui la composent. Une lecture *a contrario* des propos du Vice-président Cassin, pourrait pourtant laisser entendre le contraire. Cependant, il semblerait que le développement de la fonction juridictionnelle ait bénéficié, du fait de l'imbrication organique et fonctionnelle entre les diverses formations, à l'institution toute entière. Le Pouvoir politique lui-même, paraît parfois oublier le dualisme fonctionnel qui caractérise le

¹⁷⁷² A. Parodi, Discours prononcée à l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 30 mai 1963. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 913.

¹⁷⁷³ Articles 2, 28 et 32 du décret n° 63-766 du 30 juillet 1963. Ces règles ont été reprises, en l'état du droit positif, par l'article R. 121-3 du code de justice administrative, tel que modifié par le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

¹⁷⁷⁴ R. Cassin, *De l'unité de la Justice dans un pays à dualité de juridiction*, La Justice, 1961, p. 273.

¹⁷⁷⁵ CC, décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, dite « *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* », cons. 15.

Conseil d'Etat. C'est ainsi que l'essentiel des règles législatives et réglementaires qui régissent aujourd'hui le Conseil d'Etat, y compris dans ses attributions administratives, sont intégrées dans un « *code de justice administrative* ». Cette confusion se trouve sans doute conforté au-delà, par la comparaison avec le « Conseil » constitutionnel, dont les compétences consultatives sont largement ignorées dans les faits, et dont les membres jouissent d'une irrévocabilité de droit.

Pour les membres du Conseil d'Etat, la présence d'un « filtre juridictionnel » prend dès lors moins la forme d'un entonnoir en faveur de ceux qui participent aux travaux de la formation contentieuse, que celle d'un cylindre prolongeant le « filtre consultatif » de l'Hôte du Palais Royal. Il n'en reste pas moins que le complément de garantie assuré par ce second « filtre », vecteur du passage d'une irresponsabilité vers une indépendance politique des membres du Conseil, repose sur un phénomène d'autonomisation de la fonction juridictionnelle, par rapport à la fonction consultative. Il en est résulté une longue évolution qui, s'étendant de l'an VIII à 2008, a permis la constitution au sein du Conseil d'Etat, de ce « *Haut Tribunal Administratif proposé par Cormenin* »¹⁷⁷⁶ sous la Restauration. Ce processus, dont l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 n'est qu'un élément, s'est initialement traduit par la prise de conscience de la nécessité de créer à l'intérieur même du Conseil, une formation contentieuse spécifique. Il s'est ensuite trouvé prolongé, par le considérable essor de la Section du contentieux, puis l'affirmation de l'indépendance de l'Assemblée du contentieux.

498. Lors de la création du Conseil d'Etat par la Constitution du 22 frimaire an VIII, il fut immédiatement prévu que cette institution serait chargée, sous la direction des consuls, de : « *résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* » (article 52). Le règlement du 5 nivôse an VIII, précisait que cette compétence concernait notamment les : « *affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres* » (article 11). Cette disposition tranchait alors avec l'état du droit révolutionnaire, en ce qu'elle confiait la connaissance en appel des affaires contentieuses, à une administration « consultative », et non pas proprement « active ». Pour autant, celles-ci ne faisaient pas l'objet d'une gestion dissociée des affaires administratives. Le règlement ne fixait aucune règle spéciale de procédure. Les affaires étaient instruites par l'une des cinq sections administratives, suivant leur nature. De caractère administratif, l'instruction n'était pas contradictoire. Les particuliers intéressés, se trouvaient tenus éloignés du Conseil. Dans les faits

¹⁷⁷⁶ Dans leur *Traité de contentieux administratif*, Jean-Marie Auby et Roland Drago relevaient, en faveur d'une possible consécration de l'inamovibilité de droit des membres du Conseil d'Etat, que : « *on vit toujours sur l'idée que le Haut Tribunal Administratif proposé par Cormenin n'a jamais été créé alors qu'il apparaît qu'au moins depuis 1972 le Conseil d'Etat est une juridiction indépendante du gouvernement* ». Voir : *op. cit.*, 3^e éd., 1984, p. 252.

cependant, les arrêtés consulaires émis à la suite d'avis contentieux, auraient été « *dès le premiers jours* » assortis de « *considérants* »¹⁷⁷⁷. Le Conseil se soumettait ainsi spontanément à la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, qui obligeait tout jugement à mentionner « *les faits reconnus* », ainsi que les « *motifs qui auront déterminé les juges* ».

Ce timide rapprochement d'ordre strictement procédural, entre le Conseil d'Etat statuant au contentieux et l'idée d'une juridiction distincte de l'administration, devait se trouver conforté et prolongé sept ans plus tard, sur le plan organique. Selon l'Auditeur Pelet de Lozère, Napoléon I^{er} se serait ému en séance, que : « *dans le nombre des affaires sur lesquelles il statuait chaque jour d'après l'avis du Conseil d'Etat, il y en avait beaucoup qui intéressaient l'honneur et la fortune des citoyens et qui devaient être instruites autrement qu'une autorisation de coupe de bois ou un règlement sur la voirie* ». L'Empereur aurait alors naturellement estimé que : « *ces décisions étaient de véritables jugements, pour lesquels il fallait organiser, dans le sein du Conseil d'Etat, un tribunal qui procéderait selon les formes ordinaires de la justice* ». Pour conclure, il se serait prononcé en faveur de la création d'un « *corps demi-administratif, demi-judiciaire* », afin de « *régler l'emploi de cette portion d'arbitraire nécessaire dans l'administration de l'Etat* »¹⁷⁷⁸. Cette prise de conscience aboutit à la mise en place, par le décret du 11 juin 1806, d'une Commission du contentieux voulue à mi-chemin entre l'administration consultative et la juridiction judiciaire. Outre l'évolution des aspects procéduraux, avec la centralisation de l'instruction et l'introduction de la règle du contradictoire, la réforme paraissait implicitement impliquer, un renforcement des garanties d'éviction. Les propos de Napoléon I^{er} avaient d'une part ouvert une brèche, dans la distinction opérée pendant les deux premières années de la Révolution, entre les « *lois civiles* » et les « *lois politiques* ». Les lois qui ont pour objet « *les actions et la propriété des citoyens* », et dont l'exécution « *nécessite l'établissement de juges (inamovibles)* »¹⁷⁷⁹, ne semblaient manifestement pouvoir se résumer aux premières. A défaut de bénéficier d'une inamovibilité de droit, les membres de la Commission du contentieux devaient en conséquence jouir au minimum, d'une certaine sécurité de fait. Le décret du 11 juin avait d'autre part, en décidant de composer cette formation de « *maîtres des requêtes* » (article 24), symboliquement rétabli une institution de l'Ancien Régime. Or, membres du Conseil d'Etat privé du roi jusqu'en

¹⁷⁷⁷ T. Sauvel, *La « Justice retenue » de 1806 à 1872*, RDP, n° 2, 1970, p. 260.

¹⁷⁷⁸ J. Pelet de la Lozère, *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration*, Firmin Didot, Paris, 1833, pp. 183-sq. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p134.

¹⁷⁷⁹ J.-G. Thouret, Rapport réalisé au nom du Comité de Constitution, le 1^{er} août 1789. Cité in J. Laferrière, *Répétitions écrites de droit administratif*, Les cours de droit, Paris, 1941, p. 53.

1789, les maîtres des requêtes étaient à cette époque, des officiers de judicature inamovibles en droit et en fait¹⁷⁸⁰.

L'autonomie vis-à-vis de l'administration active, ne se voulait cependant pas totale, puisqu'en vertu du principe de la justice retenue, le : « *jugement tout entier des matières contentieuses résid(ait) dans la signature du (chef de l'Etat) apposée au projet d'arrêt du Conseil* »¹⁷⁸¹. Dès lors, non seulement le chef de l'Etat pouvait être conduit à présider la formation de jugement, mais il était également libre d'adopter ou non, le projet d'arrêt établi par le Conseil d'Etat. Napoléon aurait néanmoins le premier, fait connaître son souci de prendre une certaine distance à l'égard du Conseil statuant au contentieux. D'après L'Auditeur Molé, l'Empereur aurait affirmé lors de la séance du 4 mars 1806 : « *En France le souverain ne doit jamais juger. Nous ne sommes plus au temps de Saint-Louis, nos mœurs et nos idées s'y opposent* »¹⁷⁸². Cette opinion se serait alors traduite, par une double retenue du chef de l'Etat. A l'occasion de la même séance, Napoléon I^{er} aurait d'abord affirmé : « *Je ne devrais pas ce me semble présider le Conseil d'Etat quand il aurait à se prononcer comme tribunal sur des individus, puisque ce sera par moi qu'ils auront été traduits devant lui* »¹⁷⁸³. L'Empereur aurait ensuite déclaré un jour : « *On me fait signer aveuglément des décisions délibérées dans le Conseil d'Etat sur des affaires contentieuses. Je ne suis pour cela qu'une griffe* »¹⁷⁸⁴. Cette doctrine a semble-t-il été appliquée avec une grande rigueur par Napoléon lui-même¹⁷⁸⁵, ainsi que par ses successeurs à la magistrature suprême, jusqu'à l'introduction définitive de la justice déléguée par la loi du 24 mai 1872. Reprenant une formule de Louis-Antoine Macarel de 1818, le Vice-président Laferrière a pu dès lors estimer soixante-dix ans plus tard : « *Il n'y a pas un seul exemple d'une délibération du Conseil d'Etat que le (chef de l'Etat) ait refusé de signer ou de s'approprier* »¹⁷⁸⁶. Bien que cette affirmation puisse apparaître « trop absolue » au regard de la réalité, il n'en reste pas

¹⁷⁸⁰ C. Purtschet, *Histoire des institutions (Xe-XVIIIe siècle)*, Masson et Cie, Paris, 1972, p. 135 ; J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁷⁸¹ L.-M. de Lahaye de Cormenin, *Questions de droit administratif*, Guyot et Scribe, Paris, 4^e éd., 1837, p. 281.

¹⁷⁸² T. Sauvel, *op. cit.*, p. 266.

¹⁷⁸³ *Ibid.*, p. 265.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 265.

¹⁷⁸⁵ « *On ne connaît pas d'exemple que Napoléon ait refusé de signer les arrêts contentieux soumis à son approbation* » : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 139, note de bas de page n° 1.

¹⁷⁸⁶ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Berger-Levrault et Cie, Paris, 1887, p. 281.

moins que les exemples contraires restent rares¹⁷⁸⁷. Le plus souvent, le chef de l'Etat se serait contenté d'exprimer son opposition, en retardant l'adoption du projet établi par le Conseil¹⁷⁸⁸. Dans ce contexte, l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 vint consacrer en droit, ce qui correspondait déjà à un état de fait depuis le Premier Empire.

499. Malgré les avancées permises par le décret du 11 mars 1806, et la retenue volontairement pratiquée par le chef de l'Etat depuis lors, la spécificité de la formation contentieuse du Conseil d'Etat demeurait encore embryonnaire à la chute de l'Empire. Elle devait peu évoluer jusqu'à la Monarchie de Juillet. En 1814, la Commission du contentieux, restait uniquement cantonnée à des fonctions préparatoires. Ainsi, l'article 25 du décret de 1806 disposait que celle-ci : « *fera l'instruction et préparera le rapport de toutes les affaires contentieuses sur lesquelles le Conseil d'Etat...aura à se prononcer* ». Sa composition reflétait pleinement ce rôle auxiliaire, puisqu'elle comprenait en dehors du grand-juge, chargé d'en assurer la présidence : « *six maîtres des requêtes et six auditeurs* ». Ainsi, non seulement la fonction de jugement était confiée à l'Assemblée générale du Conseil, mais les membres de la Commission du contentieux ne pouvaient y participer avec voix délibérative. La Première Restauration n'apporta aucune modification d'un point de vue fonctionnel. Selon l'article 9 de l'ordonnance du 29 juin 1814, la Commission restait compétente pour connaître « *de tout le contentieux de l'administration* » (alinéa 1^{er}), sachant que : « *Ses avis seront rédigés en forme d'arrêts ou de jugements, qui ne seront définitivement arrêtés qu'après avoir été rapportés et délibérés dans notre Conseil d'Etat, ou après avoir reçu notre sanction directe* » (alinéa 2). Deux changements importants, étaient en revanche opérés sur le plan organique. Désormais désignée sous le nom de « *Comité du contentieux* », la Commission se voyait mentionnée immédiatement après le Comité de législation, et était placée sur un pied d'égalité avec ce dernier et les trois autres comités administratifs (article 5). Cette importance se trouvait matérialisée, par la possibilité de la diviser « *en deux bureaux* » (article 9 alinéa 5). Au-delà, la composition de la nouvelle structure se trouvait également améliorée. Six conseillers d'Etat y étaient maintenant intégrés, en plus de douze maîtres des requêtes, assurant ainsi une liaison avec la formation de jugement. Les dix-huit membres devaient obligatoirement appartenir au « *service ordinaire* », ce qui excluait toute participation de membres de l'administration active, à la phase préparatoire. D'ailleurs, la présidence était confiée

¹⁷⁸⁷ Voir sur ce point : J. Laferrière, *op. cit.*, p. 74.

¹⁷⁸⁸ Julien Laferrière et Tony Sauvel évoquent tous deux l'exemple d'un projet qui, présenté en juillet 1852 au Prince-Président Louis-Napoléon Bonaparte, fut seulement signé le 4 mai 1861, par celui qui était entre-temps devenu Empereur. Voir : J. Laferrière, *op. cit.*, p. 75 ; T. Sauvel, *op. cit.*, p. 279.

au chancelier, personnalité inamovible, et en son absence, à un « *conseiller d'Etat vice-président* », appartenant ici encore au « *service ordinaire* » (alinéa 5). La Seconde Restauration et l'ordonnance du 23 août 1815, apportèrent deux modifications d'ordre organique¹⁷⁸⁹. Un rééquilibrage était d'une part opéré en faveur des conseillers d'Etat, dont la composition évolua du tiers à la moitié. Sept conseillers siégeaient désormais à côté de huit maîtres des requêtes. D'autre part, et de manière critiquable, la vice-présidence se voyait confiée au « *sous-secrétaire d'Etat au département de la justice* ». Mais sous réserve de ce dernier, le principe de l'exclusion des membres de l'administration active, était maintenu (article 7).

La période comprise entre l'avènement de la Monarchie de Juillet et la chute de la République, vit en revanche s'ouvrir et se refermer une parenthèse, marquée par un réel souci d'émancipation de la formation contentieuse. Au lendemain de la Révolution des Trois Glorieuses, l'ordonnance du 2 février 1831 avait maintenu un « *Comité de justice administrative* », limité à une fonction d'examen préalable des affaires contentieuses (article 1^{er}). Mais le contexte politique avait évolué, une partie de la classe gouvernante se prononçant en faveur du passage à une justice déléguée. Le Comité en aurait été le premier bénéficiaire. Un rapport présenté le 30 juin 1837 par Jean Vatout, au nom de la commission compétente de la Chambre des députés, préconisait de : « *donner à la section de justice administrative le pouvoir de statuer souverainement sur les affaires contentieuses* ». Le 10 juin 1840, Dalloz aîné reprit dans un rapport réalisé au nom de la même commission, « *en les accentuant* », les suggestions faites trois ans auparavant¹⁷⁹⁰. Selon le Professeur Julien Laferrière, ces propositions échouèrent cependant : « *toujours devant la même objection : que la juridiction ne se conçoit pas sans l'inamovibilité du juge et que l'institution d'une juridiction administrative autonome était incompatible avec les nécessités de l'administration et le principe de la responsabilité ministérielle* »¹⁷⁹¹. La loi du 21 juillet 1845 vint néanmoins renforcer sur un point, la spécificité de la formation contentieuse au sein du Conseil. Au lieu de contenir comme par le passé, une liste indifférenciée des comités, son titre III sur les « *Formes de procéder* », opérait désormais une distinction. Un premier paragraphe relatif aux « *Matières administratives* », évoquait les « *comités correspondant aux divers départements ministériels* » (articles 13 et 14), tandis qu'un autre portant sur les « *Matières administratives contentieuses* », régissait le seul « *comité spécial...chargé de diriger*

¹⁷⁸⁹ Voir l'Almanach royal de 1818, pp. 98 sq. Reproduit in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., pp. 240-244.

¹⁷⁹⁰ L. Aucoc, *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789 : ses transformations, ses travaux et son personnel. Etude historique et bibliographique*, Imprimerie nationale, Paris, 1876, p. 118.

¹⁷⁹¹ J. Laferrière, op. cit., p. 70.

l'instruction écrite et de préparer le rapport de toutes les affaires contentieuses » (articles 18 à 25). S'inscrivant dans son prolongement, la Seconde République permit de réaliser ce qui ne l'avait pas été par le régime précédent. L'article 36 de la loi du 3 mars 1849, prévoyait désormais que : « *La section du contentieux est chargée du jugement des affaires contentieuses* ». Ainsi que l'a souligné le Professeur Laferrière, le jugement des affaires contentieuses : « *était retiré à l'Assemblée générale du Conseil d'Etat et réunie à la section du Contentieux qui, de simple organe d'instruction qu'elle était jusque là, devenait organe de jugement, et formait, au sein du Conseil..., un tribunal indépendant, prononçant des jugements définitifs par eux-mêmes* »¹⁷⁹². Le changement se voulait d'autant plus fort que la Section du contentieux comprenait, à la différence de l'Assemblée générale, uniquement des conseillers d'Etat en « *service ordinaire* ».

Cette évolution dans le sens d'une pleine émancipation de la Section du contentieux, fut malheureusement brisée avec le coup d'Etat du 2 décembre 1851. Le décret du 25 janvier 1852 la rétablit dans ses fonctions initiales, son article 17 précisant qu'elle serait chargée : « *de diriger l'instruction écrite et de préparer le rapport de toutes les affaires contentieuses...* ». Le rétablissement de la République dix-huit ans plus tard, ne se traduisit pas par un retour à l'état du droit antérieur. La loi du 24 mai 1872 préféra recourir à une solution médiane. Si la Section du contentieux restait chargée de la préparation des « *affaires contentieuses qui doivent être jugées par le Conseil d'Etat* » (article 15), il était toutefois prévu que : « *Les affaires pour lesquelles il n'y a pas constitution d'avocat ne sont portées à l'audience publique que si ce renvoi a été demandé par l'un des conseillers d'Etat de la section ou par le commissaire du Gouvernement à qui elles sont préalablement communiquées. Si le renvoi n'a pas été demandé, ces affaires sont jugées par la section du contentieux...* ». La loi du 1^{er} mars 1923 devait même aller plus loin, en érigeant la Section du contentieux en « *juge de droit commun* » au sein du Conseil, au détriment de l'Assemblée publique¹⁷⁹³. Mais à défaut de remplacer cette dernière, comme formation de jugement souveraine, cette formation s'est néanmoins progressivement étoffée pour occuper un siècle plus tard, une place essentielle au sein de l'institution. La loi du 26 octobre 1888, adoptée sous la présidence d'Edouard Laferrière, a ainsi institué une « *section temporaire du contentieux* », chargée de

¹⁷⁹² J. Laferrière, *op. cit.*, p. 71. A titre d'exception, l'article 46 prévoyait toutefois la possibilité pour le ministre de la justice, de déférer : « *à l'assemblée générale du Conseil d'Etat toutes décisions de la section du contentieux contenant excès de pouvoir ou violation de la loi. La décision est annulée dans l'intérêt de la loi* ».

¹⁷⁹³ RDP, 1923, pp. 225-226. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 727. Cet état du droit a été préservé depuis lors, l'actuel article R. 122-1 alinéa 1^{er} disposant que : « *La section du contentieux est juge de toutes les affaires qui relèvent de la juridiction du Conseil d'Etat, sous réserve des dispositions de l'article R. 122-17* ».

connaître des litiges en matière d'élections et de contributions. Douze ans plus tard, la loi de finances du 13 avril 1900 et la loi du 17 juillet de la même année, sont venues dédoubler en deux sous-sections, la « *section permanente* » et la nouvelle « *section temporaire* ». Il en résultait ainsi quatre sous-sections, chargées à la fois de l'instruction des requêtes et du jugement des affaires d'élection et de contributions. La loi du 8 avril 1910 est ensuite intervenue, afin de pérenniser la « *section temporaire* » sous l'appellation de « *section spéciale du contentieux* », et la scinder en trois sous-sections habilitées à juger les affaires de « *petit contentieux* ». Cette division tripartite s'est trouvée appliquée dans le même temps, à la « *section permanente*, dont les sous-sections d'instructions ont été autorisées à juger certaines affaires énumérées par le décret du 31 mai 1910. La loi du 1^{er} mars 1923 vint encore accroître, la capacité de jugement des sections du contentieux. La « *section permanente* » se trouvait divisée « *en deux sous-sections, chacune ayant la même compétence (de jugement) que la section elle-même* »¹⁷⁹⁴, et chacune étant scindée en deux comités d'instructions. Parallèlement, le contentieux électoral fut remis à trois nouvelles sous-sections, créées dans la « *section spéciale* ». Supprimée par le décret du 5 mars 1934, cette dernière vit ses six sous-sections rejoindre la « *section permanente* », qui comprenait désormais avec elle-même, neuf formations de jugement. Le maximum fut atteint en 1956, sous l'empire du décret du 31 juillet 1945, avec une Section du contentieux composée de onze sous-sections¹⁷⁹⁵. Ce chiffre s'est néanmoins trouvé réduit à neuf, par le décret du 30 juillet 1963 (article 27)¹⁷⁹⁶, avant d'être rehaussé à dix par le décret du 24 décembre 1997 (article 2)¹⁷⁹⁷.

500. Le mouvement d'autonomie de la formation contentieuse du Conseil d'Etat, serait demeuré imparfait, s'il n'avait intégré un renforcement de l'indépendance de l'Assemblée publique statuant au contentieux. Comme cela a été souligné précédemment, celle-ci a effectivement été avant 1923, le juge de droit commun du Conseil, et est restée depuis lors, le juge suprême au sein de ce dernier. Or, elle bénéficiait à l'origine, d'une indépendance très relative vis-à-vis de l'administration. Le règlement du 5 nivôse an VIII prévoyait que le « *Conseil*

¹⁷⁹⁴ RDP, 1923, pp. 225-226. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 727.

¹⁷⁹⁵ L'article 28 du décret du 31 juillet 1945 fut modifié à deux reprises, le décret du 12 décembre 1950 créant une neuvième sous-section, et celui du 27 décembre 1956 en instituant une dixième et une onzième. Voir à ce sujet : J.-M. Auby, R. Drago, op. cit., 1^{ère} éd., 1962, p. 171.

¹⁷⁹⁶ Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat.

¹⁷⁹⁷ L'actuel article R. 122-21 du code de justice administrative, reprenant l'article 2 du décret n° 97-1177 du 24 décembre 1997, dispose dans son second alinéa, que la Section du contentieux : « *est divisée en dix sous-sections qui participent à l'instruction et au jugement des affaires dans les conditions prévues au présent livre* ».

d'Etat », composé de « *trente ou quarante* » membres (article 1^{er}), était notamment conduit à se prononcer : « *sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres* » (article 11 alinéa 4). La formation compétente pour juger les affaires contentieuses, était donc semblable à celle exerçant les attributions consultatives, sous réserve d'une exception. Enoncée par l'article 12, celle-ci concernait les cadres d'administrations publiques, parties à un litige : « *Les conseillers d'Etat chargés de la direction de quelque partie de l'administration publique n'ont point de voix au Conseil d'Etat lorsqu'il se prononce sur le contentieux de cette partie* ». En revanche, l'intervention de l'arrêté du 7 fructidor an VIII répartissant les conseillers d'Etat, entre « *service ordinaire* » et « *service extraordinaire* », se révéla sans conséquence sur la composition de la formation de jugement. La Première Restauration ne devait pas s'écarter de cet état du droit, en maintenant la possibilité pour des membres de l'administration active, de siéger dans la formation de jugement. Tandis que l'article 9 de l'ordonnance du 29 juin 1814, affirmait la compétence du « *Conseil d'Etat* » pour délibérer sur les projets élaborés par le Comité du contentieux, l'article 8 en précisait la composition. Cette dernière intégrait en dehors des « *maîtres des requêtes ordinaires* », non seulement les « *ministres secrétaires d'Etat* », mais également, « *tous les conseillers d'Etat* » nonobstant leur statut.

A partir de la Seconde Restauration, une première rupture commença à se dessiner, orientée vers une exclusion des membres de l'administration active, de l'Assemblée du contentieux. Il était désormais prévu, au terme de l'ordonnance du 23 août 1815, que les projets élaborés par le Comité du contentieux, seraient : « *délibérés et arrêtés en Conseil d'Etat, les divers comités réunis* ». Or, le même texte prenait soin d'indiquer la répartition des « *membres composant le service ordinaire* », entre les six comités administratifs et du contentieux. Les membres du service ordinaire apparaissaient en conséquence, comme l'élément central de la formation de jugement. C'est seulement dans une disposition ultérieure, rejoignant l'état du droit antérieurement en vigueur, que l'ordonnance précisait la participation à cette « *réunion* », des « *ministres secrétaires d'Etat, ... sous secrétaires d'Etat et ... conseillers d'Etat directeurs généraux d'une administration* »¹⁷⁹⁸. Il fallut néanmoins attendre la Monarchie de Juillet, pour voir opérer une avancée significative. Ce fut l'objet de l'ordonnance du 12 mars 1831, dont l'article 4 disposait : « *Aucun des membres de notre Conseil d'Etat en service extraordinaire ne siègera aux séances publiques du Conseil et ne participera au jugement des affaires contentieuses* ». Si ce texte avait le mérite de la clarté, la loi du 21 juillet devait encore l'améliorer, en excluant de l'Assemblée du contentieux, tous ceux qui

¹⁷⁹⁸ Extrait de l'Almanach royal de 1818, pp. 98 sq. Reproduit in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 241.

n'appartenait pas au service ordinaire. Son article 21 alinéa 2 prévoyait en effet, que : « *Les conseillers d'Etat et les maîtres des requêtes en service ordinaire ont seuls le droit d'y siéger ; les auditeurs y assistent* ». Cette règle n'a semble-t-il, jamais été remise en cause à ce jour¹⁷⁹⁹.

L'Assemblée du contentieux va progressivement connaître une seconde rupture, à compter de la III^{ème} République, fondée sur le renforcement de l'élément contentieux en son sein. Sous la Seconde République, cette formation se trouvait encore composée pour les trois quarts, de membres issus des sections administratives. La loi du 3 mars 1849 prévoyait en effet une Section contentieuse de neuf membres (article 36), tandis qu'elle fixait à quarante le nombre de conseillers d'Etat, hors son vice-président (article 10). Avec l'établissement de la République décennale, un rééquilibrage fut réalisé entre les deux composantes. L'Assemblée publique statuant au contentieux était composée, en application du décret organique du 25 janvier 1852, des membres de la section du contentieux, et de dix conseillers d'Etat pris « *en nombre égal dans chacune des autres sections* ». La présidence était en outre confiée au président de la section du contentieux (article 19). Mais il fallut attendre les débuts de la III^{ème} République et la loi du 24 mai 1872, pour voir la majorité se renverser en faveur des membres de la Section du contentieux. L'Assemblée vint intégrer, au-delà des membres de cette Section, « *six conseillers en service ordinaire pris dans les autres sections* » (article 17). Selon les chiffres avancés par Pierre Sandevour, la formation comptait alors treize membres, ce qui assurait une majorité relative à l'élément contentieux¹⁸⁰⁰. Ce dernier n'allait cesser de progresser, au cours du siècle suivant. Avec le décret du 31 mai 1910, dix-huit ou dix neuf conseillers siégeaient à l'Assemblée, dont le vice-président du Conseil d'Etat ou le président de la Section du contentieux, les membres à voix délibérative de cette dernière, et huit conseillers en service ordinaire pris dans les sections administratives. D'après le Doyen Hauriou, dix membres au moins appartenaient alors au contentieux¹⁸⁰¹. La loi du 1^{er} mars 1923, vint réduire fortement la composante administrative. A côté du président et des conseillers de la Section du contentieux, soit douze membres, figuraient seulement le vice-président du Conseil et cinq conseillers pris dans les sections administratives. L'élément contentieux atteint son apogée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, avec l'ordonnance

¹⁷⁹⁹ L'actuel article L. 121-4 du code de justice administrative, prévoit que les conseillers d'Etat en service extraordinaire : « *...siègent à l'assemblée générale et peuvent être appelés à participer aux séances des autres formations administratives* (alinéa 2). – *...ne peuvent être affectés à la section du contentieux* (alinéa 3) ».

¹⁸⁰⁰ P. Sandevour, *Le Conseil d'Etat et la réforme de 1963 (II)*, Revue administrative, n° 96, 1963, p. 577.

¹⁸⁰¹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif...*, op. cit., pp. 1030-1031.

du 31 juillet 1945. L'Assemblée comprenait désormais, outre le vice-président du Conseil et le président de la Section du contentieux, les présidents adjoints de cette dernière, les présidents des sous-sections contentieuses, quatre conseillers appartenant aux sections administratives, et le rapporteur de l'affaire. La formation strictement contentieuse bénéficiait ainsi de seize membres, pour un total n'excédant pas vingt-quatre unités¹⁸⁰². Suite à la crise politique engendrée par l'arrêt « Canal », rendu le 19 octobre 1962 par le Conseil d'Etat, le décret du 30 juillet 1963 devait cependant rétablir la parité entre les éléments contentieux et administratif (article 21)¹⁸⁰³. Cinquante ans se sont alors révélés nécessaires, pour voir reprendre¹⁸⁰⁴ le lent processus engagé par la loi du 24 mai 1872, il est vrai érigée depuis, en source de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » relatifs à l'indépendance de la juridiction administrative.

B . Les sources corporatistes de l'inamovibilité de fait

501. Conjointement à la dissociation du Conseil d'Etat de l'administration active, l'affirmation de l'inamovibilité de fait de ses membres, a bénéficié d'un terrain propice au développement d'une dynamique corporatiste : effectifs restreints et faible réglementation. Les membres du Conseil d'Etat ont ainsi progressivement acquis, l'assurance de pouvoir effectuer une carrière complète et autorégulée au sein de cette institution (1°), sous le couvert de la magistrature disciplinaire et bienveillante de son vice-président (2°).

1°) La magistrature familiale des conseillers d'Etat au cours de la carrière

502. Dans son éloge funèbre prononcé le 24 avril 1952 devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, en hommage à Edmond Rouchon-Mazerat, le Président de la Section des travaux publics débutait en ces termes : « *La modestie du Président*

¹⁸⁰² Les chiffres divergent suivant les auteurs. « 23 ou 24 personnes » : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 915. « Jusqu'à vingt » : P. Sandevor, *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 577. « 21 membres » : V. Silvera, *La réforme du Conseil d'Etat (Décrets du 30 juillet 1963)*, AJDA, octobre 1963, p. 533.

¹⁸⁰³ Au terme du décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, l'Assemblée se trouvait composée du vice-président du Conseil, des présidents de section, des présidents adjoints de la Section du contentieux, le président de la sous-section « sur le rapport duquel l'affaire est jugée », et du rapporteur. Il en résultait ainsi dix membres, dont la moitié était issue des formations administratives.

¹⁸⁰⁴ L'article R. 122-20 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue du décret n° 2008-25 du 6 mars 2008, prévoit que l'Assemblée du contentieux comprend : le vice-président du Conseil d'Etat, les présidents de section, les trois présidents adjoints de la Section du contentieux, le président de la sous-section d'instruction, quatre autres présidents de sous-section « les plus anciens dans leurs fonctions », et le rapporteur. Ainsi, parmi les dix-sept membres composant la nouvelle formation, seulement sept appartiennent aux sections administratives.

Rouchon-Mazerat, son peu de goût pour l'apparat, ont conduit sa famille à écarter de sa dépouille mortelle toute pompe oratoire...Mais dans cette maison, où ne sont présents que ses collègues, que ses amis...dans ce cadre intime et familial – on pourrait presque dire familial...je crois, sans aller à l'encontre de son vœu de simplicité, lui adresser un dernier adieu ». L'hommage se refermait sur des paroles non moins vibrantes : « *il appartient à nos jeunes collègues de méditer sur cette noble destinée et d'en tirer le profit qu'il faut...Que son souvenir, que sa légende même vivent dans notre Maison tant qu'elle sera debout...Que son exemple soit compris et suivi* »¹⁸⁰⁵. Cette image du Conseil d'Etat, maison d'un corps familial où se mêlent des personnes « *aux différents âges de la vie* »¹⁸⁰⁶, depuis le plus jeune auditeur d'une vingtaine d'années jusqu'au conseiller d'Etat prolongé au-delà de l'âge légal de la retraite, renvoie à l'idée d'inamovibilité de résidence. Mais il s'agit alors de cette garantie, comprise dans son sens le plus absolu, c'est à dire comme un synonyme d'immobilité pour la durée des fonctions. Celle-ci, plus précisément constitutive d'une immobilité de « fait », est le fruit de la conjugaison de deux facteurs. Le premier, d'ordre institutionnel, résulte de la corrélation entre un corps de « *magistrats* », et cette structure unique qu'est le Conseil d'Etat¹⁸⁰⁷. Le second, d'essence corporative, est lié à l'idée, caractéristique des « *maîtrises et jurandes* » de l'Ancien Régime¹⁸⁰⁸, suivant laquelle une institution voit son œuvre et les compétences en son sein, fortifiées par le brassage et la collaboration des générations. De ces deux éléments, seul le second retiendra ici l'attention¹⁸⁰⁹.

¹⁸⁰⁵ Allocution prononcée le 24 avril 1952 devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, en hommage à Edmond Rouchon-Mazerat, ancien Président de la Section du contentieux, par le Président de la Section des travaux publics, Maurice Reclus. Son éloge fut précédé par la lecture d'un message du Vice-Président du Conseil d'Etat, René Cassin, alors retenu à l'étranger. Voir : R. Cassin, M. Reclus, M. Waline, *In memoriam. Le Président Rouchon-Mazerat*, Etudes et documents du Conseil d'Etat, Paris, 1952, pp. 21-24.

¹⁸⁰⁶ M. Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 1040.

¹⁸⁰⁷ Comme le juge René Chapus, à propos de l'éventualité de consacrer en droit, l'inamovibilité de résidence des membres du corps du Conseil d'Etat : « *Il faut dire que son édicton n'aurait pas grand sens, s'agissant de magistrats appartenant à une institution unique* ». Voir : *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat Droit public, Paris, 13^e éd., 2008, p. 52.

¹⁸⁰⁸ M. Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 1040.

¹⁸⁰⁹ En effet, l'hypothèse de la mutation d'office d'un membre du Conseil d'Etat, vers une autre juridiction administrative « *à compétence générale* », reste assez improbable. Le principe de la corrélation entre le corps du Conseil d'Etat et l'institution elle-même, ne connaît qu'une véritable exception. Il s'agit de celle prévue aux articles L. 222-3 et L. 222-4 du code de justice administrative. D'après la seconde disposition : « *L'affectation (d'un membre du Conseil d'Etat) dans les fonctions de président d'une cour administrative d'appel est prononcée par décret sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat délibérant avec les présidents de section* ». Or, non seulement

Le Pouvoir politique et les membres du Conseil d'Etat ont progressivement perçu l'intérêt qu'ils pouvaient tirer, de l'organisation de celui-ci autour d'une trilogie réunissant : « *des maîtres, des compagnons, des apprentis* ». C'est d'abord vrai sur le plan fonctionnel. Trois catégories de membres présentant des « *qualités différentes* », les conseillers, les maîtres des requêtes et les auditeurs, « *concourent dans l'accomplissement d'un travail presque identique* ». Tandis que les « *aînés décident (et) révisent* », les plus « *jeunes préparent des projets et les défendent* ». Cette association permet aux « *anciens de former les novices* », et aux jeunes entrants « *d'apporter un regard nouveau sur le travail de leurs aînés* »¹⁸¹⁰. Le Conseil d'Etat bénéficie ainsi, selon le Doyen Hauriou : « *de l'expérience des uns, de l'ardeur des autres, de l'émulation que provoque chez tous le rapprochement des générations échelonnées* »¹⁸¹¹. Mais c'est également exact d'un point de vue personnel. Le Conseiller Puget l'a d'ailleurs souligné à propos des jeunes auditeurs, mis directement au contact « *(d')hommes mûrs et (de) têtes blanches* »¹⁸¹². Leur « *sens de la responsabilité se développe* », leur « *individualité s'affirme* », et leur « *feu* » se trouve heureusement « *tempéré par l'expérience* » des seconds¹⁸¹³. Après avoir été successivement auditeurs puis maîtres des requêtes au sein de cette structure, ce sont donc des personnalités rompues aux fonctions de conseiller d'Etat, qui accèdent finalement à cette qualité, pour la conserver jusqu'au terme de leur carrière.

503. Si cette association idéale de trois âges, que la Cour de cassation « *envie sans avoir réussi à la faire adopter pour elle* »¹⁸¹⁴, semble avoir aujourd'hui acquis une certaine stabilité, il aura néanmoins fallu attendre près de cent vingt-cinq ans pour y arriver. Trois étapes échelonnées du Premier Empire à l'avant-dernière décennie de la III^{ème} République, se sont ainsi révélées nécessaires. Celles-ci concernent respectivement la consécration d'un système de carrière, l'admission d'un avancement à l'ancienneté, et la reconnaissance d'un âge légal de départ en retraite.

l'affectation de l'intéressé est prononcée sur proposition de ses pairs, mais celui-ci conserve sa qualité de membre du Conseil d'Etat, pendant toute la durée de cette affectation.

¹⁸¹⁰ H. Puget, *Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat*, in *Le Conseil d'Etat. Livres jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire (4 nivôse an VIII-24 décembre 1949)*, Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 113.

¹⁸¹¹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 1040.

¹⁸¹² H. Puget, *op. cit.*, p. 114.

¹⁸¹³ *Ibid.*, p. 113.

¹⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 113.

504. L'apparition d'une carrière au sein du Conseil d'Etat est étroitement liée à la jonction des trois âges. Celle-ci a eu non seulement pour objet de dessiner une continuité dans le temps, entre les fonctions d'auditeur, de maître des requêtes et de conseiller d'Etat, mais également de donner au jeune entrant, l'assurance raisonnable de rester attaché à cette « *Maison* », jusqu'à ce qu'il soit lui-même devenu une « *tête blanche* ». Pourtant, cette liaison était loin de constituer une évidence à l'origine. Les maîtres des requêtes, créés par le décret du 11 juin 1806 en souvenir de l'Ancien Régime, voyaient leur fonction définie à l'article 7 : « *Ils feront le rapport de toutes les affaires contentieuses sur lesquelles le Conseil d'Etat se prononce* ». D'abord attachés à la seule Commission du contentieux, ils furent également affectés aux sections et employés à l'extérieur, à compter de février 1810. Mais à Jacques Norvins qui espérait accéder à cette qualité, afin de devenir plus tard conseiller d'Etat, Napoléon I^{er} répondit sèchement : « *Est-ce que la fonction de maître des requêtes est un premier degré en administration ?* »¹⁸¹⁵. De fait, aucun poste vacant de conseiller d'Etat ne fut réservé par les textes aux maîtres des requêtes, avant 1900. La situation des auditeurs n'était pas autrement meilleure. Institués trois ans plus tôt par un arrêté du 19 germinal an XI, leur rôle se trouvait déterminé dès l'article 1^{er} : « *Il y aura, auprès des ministres et du Conseil d'Etat, seize auditeurs destinés, après un certain nombre d'années de service, à remplir des places dans la carrière administratives et dans la carrière judiciaire* ». Ils apparaissaient ainsi, à la fois comme des intermédiaires entre les ministères et le Conseil d'Etat, et des stagiaires dont la formation pratique auprès de ce dernier, devait les préparer à accéder aux plus hautes fonctions étatiques. Le décret du 28 décembre 1809 vint renforcer cette seconde tendance, en divisant l'auditorat en deux classes d'auditeurs en service ordinaire, complétées par une catégorie d'auditeurs en service extraordinaire (article 4 et 5). Les premiers étaient chargés de remplir, auprès des ministres et des sections du Conseil d'Etat, les « *fonctions déterminées par l'arrêté du 19 germinal An XI* » (article 6). Les seconds étaient attachés « *au ministère de la police, aux préfets de département de la Seine et de police et (à) diverses administrations* » (article 7). Les derniers se voyaient nommés à une fonction permanente ou chargés d'une mission temporaire auprès de l'administration, les obligeant à « *résider hors de notre capitale* » (article 14). Lors de la séance préparatoire du 21 novembre 1809, l'Empereur avait clairement résumé l'économie du nouveau texte : « *Le but de l'institution est de mettre sous la main de l'Empereur des hommes d'élite, qui lui soient sincèrement dévoués...qui se formeront, pour ainsi dire, à son école...C'est de là que sortiront de vrais magistrats, de vrais administrateurs...Les fonctions d'auditeur ne sont qu'une école et un acheminement*

¹⁸¹⁵ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., pp. 57-58.

à d'autres fonctions »¹⁸¹⁶. Dans ces conditions, un relâchement du lien entre le Conseil d'Etat devait nécessairement s'opérer, et aux seize unités initialement prévues, succédèrent cent quatre-vingt-cinq auditeurs en 1814¹⁸¹⁷.

La période comprise entre la chute des Premier et Second Empires, s'est trouvée marquée par une profonde incertitude concernant l'auditorat. Ainsi, tandis que les maîtres des requêtes étaient maintenus sous la Première Restauration, par l'article 4 de l'ordonnance du 29 juin 1814, la précédente institution était supprimée. Il faut attendre la Seconde Restauration et l'ordonnance du 26 août 1824, pour la voir réapparaître. Mais l'idée d'un « *stage* » tourné vers l'administration, se trouvait alors pleinement consacrée, comme cela ressort de l'article 23 alinéa 1^{er} : « *Le temps pendant lequel les auditeurs sont attachés au Conseil d'Etat est un temps d'épreuve et de stage* ». Deux conséquences en découlaient. D'une part, il était désormais prévu que les auditeurs au Conseil d'Etat ne reçoivent aucun traitement (article 22), alors que l'arrêté du 19 germinal an XI leur assurait auparavant, un revenu de « *deux mille francs* » (article 8). D'autre part, il était compris que ce « *stage* » ne pourrait se prolonger au-delà de six années, et qu'il serait « *pourvu successivement au remplacement des auditeurs qui seront appelés à d'autres fonctions ou dont le stage sera terminé* » (article 23 alinéas 2 et 3). La rigueur de cette règle était tout au plus atténuée, par la possibilité expresse de recruter les maîtres des requêtes parmi les personnes ayant été auditeur au Conseil d'Etat « *pendant cinq ans au moins* » (article 12), ou celles qui étaient « *déjà* » auditeur de première classe au moment de leur nomination (article 13). La Monarchie de Juillet se voulut encore plus stricte dans ses débuts. L'ordonnance du 18 septembre 1839 avait effectivement institué un système de « *prétérition annuelle* », pour tous les auditeurs ayant moins de trois ans d'ancienneté. Un tableau était dressé annuellement, et ceux qui n'y figuraient pas, cessaient automatiquement d'appartenir au Conseil. Après trois ans, et jusqu'à la limite de six ans, l'exclusion était en revanche conditionnée par une ordonnance spéciale. La loi du 21 juillet 1845 devait de ce point de vue, apporter quelques améliorations. La nécessité d'une ordonnance spéciale était exigée pour tout auditeur de deuxième classe ayant plus de trois ans d'exercice, mais aussi pour tout auditeur de première classe (article 7 alinéa 5). En outre, l'auditorat de première classe était réservé aux seules personnes ayant appartenu à la seconde classe « *pendant deux ans au moins* » (article 7 alinéa 3), et seuls les auditeurs ayant fait partie de la première « *pendant deux ans au moins* », pouvaient espérer devenir maître des requêtes (article 8 alinéa 3). La loi organique du 3 mars 1849, votée sous la Seconde

¹⁸¹⁶ D'après J.-G. Locré de Roissy, cité par A. Gazier, *Revue de Paris*, mars 1903, p. 160. Voir : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., pp. 65-66.

¹⁸¹⁷ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., pp.68-69.

République, s'inscrit dans le sillon du texte précédent. Si le maintien dans les fonctions d'auditeur ne pouvait excéder quatre ans, leur titulaire recevait désormais un traitement (article 22), et le quart des emplois de maître des requêtes venant à « vaquer », se voyait « *réservé aux anciens auditeurs ayant cinq ans de services dans l'administration active* » (article 23). La tendance de cette évolution fut globalement préservée pendant le Second Empire, avec les décrets du 25 novembre 1853 et du 1^{er} octobre 1860, tandis qu'un décret du 7 septembre 1863 relevait même à cinq ans, la durée maximale de l'auditorat.

Malgré ces dernières améliorations, la situation des auditeurs était restée globalement inchangée. Ils demeuraient d'abord une pépinière pour l'administration, au détriment d'une logique de carrière au sein du Conseil d'Etat. D'ailleurs, un auditeur de première classe recevait un traitement annuel de deux mille francs à la fin du Second Empire, soit « *moins qu'un expéditionnaire dans un ministère ou un petit employé* ». La position des maîtres des requêtes n'était guère meilleure. Avec un émolument de six mille francs, ils percevaient beaucoup moins qu'un chef de bureau d'administration centrale. L'avènement de la III^{ème} République vint toutefois renforcer l'espoir, de devenir un jour conseiller d'Etat. Les règlements intérieurs des 12 juin 1872 et 13 août 1879 réservèrent l'intégralité des postes d'auditeur de première classe, aux membres de la seconde, et un tiers des places de maître des requêtes, aux auditeurs de première classe. Une pratique de « l'alternance » consistant à nommer un maître des requêtes conseiller d'Etat, pour chaque personnalité extérieure désignée à une même place, s'était en outre développée. Mais la préférence politique pour le tour extérieur, devait conduire à la démission, nombre d'auditeurs et de maîtres des requêtes désabusés par la précarité de leur situation. Ce fut par exemple le cas du futur Académicien Albert Vandal qui, reçu auditeur à vingt-quatre ans en 1877, finit par démissionner dix ans plus tard faute d'avoir été nommé maître des requêtes¹⁸¹⁸. Conscient de cette déperdition pour l'institution, Edouard Laferrière s'en ouvrit résolument au Pouvoir, sous sa vice-présidence. Ainsi, dans une lettre adressée au président du Conseil le 24 mai 1889, après avoir rappelé que les conseillers d'Etat « *ne sont point inamovibles* », il s'inquiéta auprès de lui des : « *difficultés que pourrait rencontrer le bon fonctionnement du Conseil...si la plupart des sièges vacants continuaient d'être attribuée à des titulaires insuffisamment préparés à ses travaux* », ajoutant que le président de la section du contentieux l'avait : « *plusieurs fois signalé comme conséquence de cet état de chose l'affaiblissement du service dont il a la responsabilité et de la nécessité de fortifier l'élément professionnel par l'attribution de sièges de conseillers à des*

¹⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 627.

maîtres des requêtes rompus à la pratique des affaires contentieuses »¹⁸¹⁹. La justesse de sa supplique fut entendue et comprise. Déjà, la loi du 1^{er} juillet 1887 votée un an après sa nomination, avait permis de relever de quatre à huit ans, la durée maximale des fonctions d'auditeur de seconde classe, afin de renforcer les chances de promotion interne (article 1^{er}). Deux ans après son départ en 1898, la loi du 13 avril 1900 réservait aux auditeurs de première classe, les deux tiers des places de maîtres de requêtes, et à ces derniers, la moitié des postes de conseiller d'Etat (article 24). La loi du 8 avril 1910 vint porter aux trois quarts, la portion de postes de maîtrise destinée à l'auditorat (article 97). Dans le même temps, le texte exigeait des personnalités extérieures désignées maîtres des requêtes, dix ans d'activité au sein de services publics (article 90). La loi du 1^{er} mars 1923 est enfin venue parachever cette jonction, en relevant aux deux tiers, la part des places de conseillers d'Etat réservés aux maîtres des requêtes. L'état du droit est demeuré inchangé depuis lors¹⁸²⁰.

505. Dans le sillage de la consécration d'un système de carrière, au moyen de la jonction des trois âges, fut soulevée la question légitime de l'avancement d'un grade à l'autre. La réglementation en la matière se révélait insuffisante. Les lois des 24 mai 1872 et 13 juillet 1879 subordonnaient tout au plus à une présentation par le vice-président et les présidents de section, la nomination des maîtres des requêtes pour la première (article 5), et celle des auditeurs de première classe pour la seconde (article 2). Mais au-delà, deux lacunes majeures subsistaient. Les auditeurs de deuxième classe se trouvaient, d'une part, contraints de quitter le Conseil, faute d'avoir été promu à un poste de première classe à l'expiration d'un délai de huit ans. Sous réserve de la limite afférente aux cas de présentation, le gouvernement disposait, d'autre part, d'une certaine liberté de choix pour l'élévation des auditeurs et maîtres des requêtes au grade supérieur. Il ne se trouvait lié ni par des conditions d'ancienneté, ni par un quelconque tableau d'avancement, et sa latitude était même totale pour la promotion au poste de conseiller d'Etat. Cet état des choses se voulait profondément injuste, et ici encore, particulièrement nuisible à la préservation des compétences au sein du Conseil. Le Député Lefas s'en faisait d'ailleurs l'écho en 1902, devant la Chambre basse, s'agissant des auditeurs de deuxième classe. Celui qui fut près de quarante ans parlementaire, évoquait : « *ces jeunes gens (qui), après avoir passé un concours très difficile, auquel ils arrivent en moyenne à vingt-cinq ans et après avoir touché pendant huit ans le traitement de 2000 francs, qui n'est*

¹⁸¹⁹ *Ibid.*, pp. 628-629.

¹⁸²⁰ Code de justice administrative. Article L. 133-3 alinéa 2 : « *Les deux tiers au moins des emplois vacants de conseillers d'Etat sont réservés aux maîtres des requêtes* ». Article L. 133-4 alinéa 2 : « *Les trois quart au moins des emplois vacants des maîtres des requêtes sont réservés aux auditeurs de 1^{ère} classe* ». Article L. 133-5 : « *Les auditeurs de 1^{ère} classe sont...choisis parmi les auditeurs de 2^e classe* ».

même pas celui d'un employé de commerce intelligent sur la place de Paris », et dont le : « *seul espoir pour compenser ce traitement défavorable, est d'arriver avant l'expiration de ces huit ans, à passer auditeur de 1^{ère} classe* »¹⁸²¹. Membre du Conseil d'Etat en 1908, Henri Chardon se focalisait quant à lui sur la situation des maîtres des requêtes, pour mieux défendre l'institution d'un tableau d'avancement : « *Aucun tableau...fixant l'ordre normal dans lequel les maîtres des requêtes doivent parvenir au poste de conseiller d'Etat, n'existe. Aucune présentation officielle pour ce poste n'est même demandée...Le Conseil des ministres peut prendre discrétionnairement qui il veut...Ainsi, les hommes les plus méritants, parce qu'ils ne connaissent pas les ministres...peuvent être écartés d'un poste pour lequel tout les désignait* ». Après avoir posé une question dont la réponse semblait évidente : « *Qui peut les juger sinon ceux qui les ont vus à l'œuvre depuis si longtemps* », il concluait en estimant qu'un : « *tableau d'avancement, dressé par les présidents de section et sur lequel chaque maître des requêtes, après plusieurs années d'exercice, pourrait être, s'il le mérite, inscrit par eux, serait la seule solution rationnelle* »¹⁸²².

Cette dernière solution ne fut cependant pas retenue, en dépit de son caractère rationnel, mais cette abstention volontaire du Pouvoir politique eut pour heureuse conséquence l'émergence d'une garantie hautement plus protectrice. Comme cela été souligné à l'occasion des travaux consacrés, sous la direction du Conseiller d'Etat Louis Fougère, à l'histoire du Conseil d'Etat : « *La coutume s'établit de promouvoir auditeurs et maîtres des requêtes d'après l'ordre d'ancienneté résultant du rang d'inscription au tableau* »¹⁸²³. La doctrine situe de manière presque unanime la naissance de ce phénomène, aux alentours de la Première guerre mondiale. Sans doute est-il possible de percevoir ici, la plus pure expression de cette « *maison où naissent des amitiés (et) où des amitiés antérieures se consolident pour toujours* »¹⁸²⁴, dans un contexte qui vit nombre de membres des trois âges partir sur le Front, au détriment de leur carrière. Les écrits sur le sujet, font toutefois état de quelques divergences. De manière assez vague, le Professeur Dupeyroux précise ainsi que cette « *coutume d'un avancement des membres du Conseil fondé seulement*

¹⁸²¹ Intervention d'A. Lefas à la Chambre des députés. Cité par R. Brugère, *Le Conseil d'Etat, son personnel et ses formations : évolutions, tendances*, thèse de doctorat, Imprimerie toulousaine, Toulouse, 1910, pp. 79-81.

¹⁸²² H. Chardon, *L'administration de la France. Les fonctionnaires : les fonctionnaires de gouvernement ; le ministère de la justice*, Perrin, Paris, 1908, p. 406.

¹⁸²³ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 635.

¹⁸²⁴ Extrait du discours prononcé par le Garde des Sceaux, M. Debré, devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, Séance du 26 juin 1958, Imprimerie nationale, Paris, 1958. Cité par M.-C. Kessler, op. cit., pp. 211-213.

sur l'ancienneté », se serait établie « avec la première guerre mondiale »¹⁸²⁵. Selon les travaux dirigés par le Conseiller d'Etat Fougère, elle se serait en revanche formée « avant 1914 », pour l'accès des auditeurs de la seconde à la première classe. Elle se serait ensuite « progressivement étendue pendant la première guerre...et dans les années suivantes », concernant les nominations aux postes de maître des requêtes et de conseiller d'Etat. D'après le Professeur Kessler, il conviendrait encore de formuler une exception, s'agissant de la promotion aux fonctions de maître des requêtes. L'Universitaire écrivait effectivement en 1968, que « *Le passage de l'auditorat à la maîtrise resta aléatoire plus longtemps* », mais qu'il : « *est très rare, depuis une vingtaine d'années, que la nomination de maîtres des requêtes ne se fasse pas à l'ancienneté* »¹⁸²⁶. Au regard de ces querelles doctrinales, il convient de s'accorder avec les chercheurs et praticiens, qui ont contribué à l'étude historique précitée : « *Il n'est pas aisé, s'agissant d'une règle purement coutumière et dépourvue de caractère obligatoire, de déterminer à quelle époque elle s'est formée* »¹⁸²⁷.

Cette règle n'a quoiqu'il en soit, jamais été remise en cause à ce jour par les textes. Si les présentations qui concernent désormais, y compris l'accès aux fonctions de conseiller d'Etat, sont théoriquement faites aux choix, elles restent en pratique effectuées dans l'ordre du tableau. L'article R. 134-2 du code de justice administrative prévoit d'ailleurs qu'il : « *n'est pas établi de tableau d'avancement pour les promotions des membres du Conseil d'Etat* ». Comme a pu l'affirmer dans ce contexte, Benoît Ribadeau Dumas : « *l'année de sortie de l'ENA, et, au sein de celle-ci, le classement de sortie, déterminent sans contestation possible « le tableau », c'est-à-dire l'ordre d'ancienneté des membres du Conseil d'Etat* ». C'est juste pour les personnes issues de l'école, et ayant accédé directement à l'institution. Mais la plus exacte expression de cet organigramme, n'en demeure pas moins le meuble des casiers à courrier des membres du Conseil. Ces derniers ne voient pas leur boîte placée suivant l'ordre alphabétique, mais au contraire se déplacer progressivement : « *du bas à droite vers le haut à gauche...avec une vitesse que rien, absolument rien, ne peut accélérer* »¹⁸²⁸. Ce meuble symbolise pour ses bénéficiaires : « *le temps qui passe et (les) éloigne de (leur) jeunesse, au fur et à mesure que (leur) case se rapproche dangereusement du coin supérieur gauche du*

¹⁸²⁵ O. Dupeyroux, *L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, RDP, 1983, n° 3, p. 575.

¹⁸²⁶ M.-C. Kessler, *op. cit.*, pp. 201-202.

¹⁸²⁷ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 635.

¹⁸²⁸ B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Ed. de La découverte, Coll. Armillaire, Paris, 2002, p. 121.

panneau mural »¹⁸²⁹, situé dans « *l'allée du cimetière* »¹⁸³⁰. Pour le sociologue et anthropologue Bruno Latour, il manifeste mieux encore : « *aux yeux de tous, ... l'inamovibilité d'un corps de juges dont la carrière échappe à l'influence de quiconque et que personne, fût-il président de la République ou vice-président, ne peut altérer* »¹⁸³¹.

506. Cette « *allée du cimetière* » évoquée par Bruno Latour, a longtemps pu se concevoir vis-à-vis des conseillers d'Etat, selon une double signification. Sens figuré d'une part, pour des personnalités idéalement conduites à vivre leur activité comme un « *apostolat* », et à se « *tuer à la tâche* »¹⁸³². Sens propre d'autre part, pour une fonction dont aucun texte ne devait fixer la limite d'âge, ni même de procédure spécifique d'admission à la retraite, pendant près de cent vingt-cinq ans. Les conseillers pouvaient certes, dans ces conditions, développer un sentiment d'immortalité. Mais une telle situation ne devait pas aller sans susciter des difficultés, concernant des personnes parallèlement amenées à intégrer le Conseil de manière de plus en plus précoce. Cette absence de limite d'âge serait née d'après Marc Bouvet, d'une « *coutume* » qui : « *héritée de l'Empire, para(issait) prohiber la fixation arbitraire d'un âge de mise à la retraite automatique, pour maintenir en activité certains vénérables vieillards dont les services sont considérés comme nécessaires* »¹⁸³³. Le Vice-président Laferrière prenait d'ailleurs soin de souligner la permanence de cette conception des choses, sous la III^{ème} République, afin de prévenir toute velléité de « *remplacement...d'office* ». Dans sa lettre au président du Conseil, en date du 24 mai 1889, il conseillait celui-ci en ce sens : « *Permettez-moi...de rappeler, dans l'intérêt de nos doyens, qu'il sied au gouvernement de la République d'être généreux pour la vieillesse, car c'est lui qui a placé, en 1872 et 1879, à la tête du Conseil d'Etat, des vieillards qui s'appelaient Odilon Barrot et Faustin Helie, et qui sont morts sur leur siège* »¹⁸³⁴. La cessation des fonctions liée au décès, était donc normale au XIX^e siècle, et pour illustration, douze des trente-

¹⁸²⁹ B. Ribadeau Dumas, *Les carrières dans et hors le Conseil d'Etat*, Revue Pouvoirs, n° 123, 2007, p. 75.

¹⁸³⁰ B. Latour, *op. cit.*, p. 120.

¹⁸³¹ *Ibid.*, p. 121.

¹⁸³² Extraits de l'allocution prononcée en hommage à Edmond Rouchon-Mazerat...in R. Cassin, M. Reclus, M. Waline, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸³³ M. Bouvet, *Le Conseil d'Etat sous la Monarchie de Juillet*, LGDJ, Bibliothèque de science administrative, Paris, 2001, p. 116.

¹⁸³⁴ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 629. Odilon Barrot, vice-président du Conseil d'Etat entre 1872 et 1873, était né en 1791, et Faustin Hélie qui occupa ces mêmes fonctions de 1879 à 1884, avait vu le jour en 1799.

sept sorties de conseillers d'Etat sous la Monarchie de Juillet, avaient la mort pour seule explication¹⁸³⁵. Néanmoins, certains membres du service ordinaire préféraient renoncer à leurs fonctions avant cette échéance tragique, faisant alors le choix d'une démission volontaire et personnelle. Ce fut par exemple le cas d'Odilon Barrot qui, contrairement à ce qu'il a pu soutenir le Vice-président Laferrière, décida de quitter la vice-présidence au printemps 1873 pour des raisons de santé et du fait d'une surdité croissante¹⁸³⁶. Cependant, faute de pouvoir accéder à une pension de retraite, contrepartie légitime des services rendus à l'institution, les conseillers démissionnaires se voyaient pénalisés en l'absence de biens personnels. L'épuration menée en application de la loi du 13 juillet 1879, devait révéler avec une ironie éblouissante, le travers d'une telle situation. Dans un ultime souci de respect du droit, six conseillers furent notamment « *admis à faire valoir (leurs) droits à la retraite* ». Concerné, le Conseiller David s'ouvrit alors d'une lettre au garde des Sceaux, dont le contenu ne manque pas de laisser songeur : « *Le décret qui me remplace comme conseiller d'Etat ajoute que « je suis admis à faire valoir mes droits à la retraite ». Permettez-moi de vous faire remarquer que je n'ai aucun droit à la retraite* »¹⁸³⁷.

La volonté de ne pas sanctionner injustement des personnes soucieuses de ne pas paralyser un poste, en raison de leur âge avancé ou de leur état de santé, amena le Pouvoir politique à envisager la détermination d'une limite d'âge, couplée avec une mise à la retraite de plein droit. Ce pouvait en outre être un moyen efficace de parer à des « *conflits de générations* »¹⁸³⁸, susceptibles de naître de la cohabitation entre des auditeurs de moins de trente ans, et des conseillers d'Etat appartenant à un « *quatrième âge* ». Une première initiative fut prise en 1892 devant la Chambre des députés, par l'ancien maître des requêtes Camille Krantz. Rapporteur d'un projet de loi, celui-ci défendit la fixation à soixante-cinq ans du plafond d'âge pour les maîtres des requêtes, et à soixante-dix ans pour les conseillers, les présidents de section et le vice-président. Mais trente années s'écoulèrent, avant que le Parlement ne légifère sur le sujet. La loi du 1^{er} mars 1923 vint fixer à soixante-quinze ans, l'âge limite pour les conseillers d'Etat. Le Vice-président Hébrard de Villeneuve se fit l'apôtre de cette mesure, à l'occasion d'un discours prononcé au Conseil d'Etat et en présence du garde des Sceaux. Celui qui était alors à la veille de sa retraite, en résuma pleinement l'économie : « *...la loi a établi pour nous une limite d'âge identique à celle de la Cour de Cassation et de la Cour des Comptes...la loi n'a pas eu en vue*

¹⁸³⁵ M. Bouvet, *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., pp. 116-117.

¹⁸³⁶ J. Bauchet, Biographie d'O. Barrot, in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 593.

¹⁸³⁷ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., pp. 587-588.

¹⁸³⁸ M.-C. Kessler, op. cit., p. 208.

d'augmenter les pouvoirs du gouvernement – puisque les membres du Conseil étaient et restent amovibles – mais au contraire d'en limiter l'application. Elle établit une distinction bien nette entre les membres du Conseil et les autres fonctionnaires... dont la limite d'âge normale est de 60 ans, et elle doit assurer aux conseillers d'Etat leur maintien dans les cadres de l'activité jusqu'à l'âge déterminé par la loi elle-même, qui ne doit pas être considéré seulement comme un maximum, mais comme l'âge normal jusqu'où les conseillers peuvent conserver leur poste tant que des raisons de santé ou de service n'exigeront pas leur mise à la retraite ». Ces mots permirent alors à ce haut fonctionnaire de conclure, non sans satisfaction : « *C'est cette disposition..., si justifiée et à laquelle je suis le premier à applaudir, qui va être le signal de mon départ* »¹⁸³⁹. Par la suite, la limite d'âge fut successivement abaissée à soixante-dix ans avec la loi du 18 août 1936, et à soixante-cinq ans par la loi du 13 septembre 1984¹⁸⁴⁰ (Article 1^{er} alinéa 1^{er}). Cependant, ce mouvement s'est à son tour récemment trouvé interrompu, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites¹⁸⁴¹. Modifiant la loi de 1984, son article 29 s'est en effet traduit par un relèvement à soixante-sept ans de l'âge de la retraite. Ce faisant, il est intéressant de relever que la nouvelle limite d'âge de principe, tend à rejoindre les deux exceptions que l'état du droit antérieur avait instituées, et qui n'ont pas été modifiées par la loi de 2010. Ces deux dérogations avaient d'ailleurs été, au moment de leur adoption, jugées conformes au « *principe d'indépendance des juridictions administratives* » par le Conseil constitutionnel¹⁸⁴². C'est ainsi que loi de 1984 précitée, prévoit le maintien du vice-président du Conseil d'Etat jusqu'à soixante-huit ans (article 1^{er} alinéa 2), et que la loi du 23 décembre 1986¹⁸⁴³, autorise les conseillers d'Etat à être prolongé « *sur leur demande... en surnombre* » jusqu'au même âge (article 1^{er}).

2°) La magistrature d'influence du vice-président du Conseil d'Etat en matière disciplinaire

507. Si le Conseil d'Etat est une sphère de collaboration et de complémentarité pour « *trois générations* », celle-ci n'en reste pas moins « *nuancée*

¹⁸³⁹ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 729.

¹⁸⁴⁰ Loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le service public.

¹⁸⁴¹ Article 29 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

¹⁸⁴² CC, décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, cons. 6 ; CC, décision n° 86-220 DC du 22 décembre 1986, cons. 10.

¹⁸⁴³ Loi n° 86-1304 du 23 décembre 1986 relative à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains fonctionnaires civils de l'Etat.

de haut en bas de bienveillance et de bas en haut de respect »¹⁸⁴⁴. S'il est une « *Maison* » au sein de laquelle s'épanouit une « *famille*, et dans laquelle « *l'amitié...est coutumière* »¹⁸⁴⁵, il n'est cependant pas « *devenu une assemblée composée d'éléments libres et indépendants* »¹⁸⁴⁶. Les membres du Conseil d'Etat forment un corps, et au titre de l'appartenance à celui-ci, ils constituent une sorte de : « *fraternité fondée sur des sentiments communs, sur l'identité des souvenirs, des habitudes, des aspirations et des préoccupations* »¹⁸⁴⁷. Or, le souci d'assurer la pérennité du Conseil, figure immanquablement parmi ces dernières, s'agissant d'une institution dont la raison d'être a si longtemps été contestée. Le Vice-président Cassin le rappelait d'ailleurs devant l'Assemblée générale, en 1951 : « *Si nous sommes fiers du prestige de cette maison, nous devons en rester dignes...nous ne devons pas laisser affaiblir un héritage incomparable* »¹⁸⁴⁸.

La permanence de cette dignité passe notamment par le maintien d'une certaine discipline au sein de l'institution, laquelle se traduit sous une double forme. Il existe d'une part un mouvement diffus émanant des membres du Conseil, étroitement lié à l'esprit de collégialité et à la dimension humaine de celui-ci¹⁸⁴⁹. Ainsi que l'a souligné le Professeur Kessler, c'est alors : « *la pression indirecte du milieu qui les incite à se plier à cette discipline librement consentie* »¹⁸⁵⁰. L'essor de ce premier schéma, paraît toutefois n'avoir été rendu possible que par l'évolution du système disciplinaire entre le Consulat et la III^{ème} République. En effet, tandis que la compétence disciplinaire relève théoriquement du Pouvoir politique, l'institution du vice-président du Conseil d'Etat a contribué à l'atténuer, voire à lui substituer une magistrature propre. Or, cette dernière étant essentiellement morale, à l'instar de la discipline exercée par le corps, il en est progressivement résulté l'émergence d'une irrévocabilité de fait, en faveur des membres du Conseil d'Etat.

508. Si le principe en vigueur depuis la création du Conseil d'Etat, est celui de la compétence disciplinaire du Pouvoir politique vis-à-vis de ses membres, les

¹⁸⁴⁴ H. Puget, *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁸⁴⁵ Extrait du discours prononcé par le Garde des Sceaux, M. Debré, devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat. Cité in M.-C. Kessler, *op. cit.*, p. 212.

¹⁸⁴⁶ M.-C. Kessler, *op. cit.*, p. 203.

¹⁸⁴⁷ H. Puget, *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁸⁴⁸ M.-C. Kessler, *op. cit.*, p. 214.

¹⁸⁴⁹ Voir sur l'importance d'une juridiction mise en œuvre par « *un petit groupe d'hommes* » : C. J. Hamson, *Vues anglaises sur le Conseil d'Etat français*, RDP, n° 5, 1956, pp. 1049-1057.

¹⁸⁵⁰ M.-C. Kessler, *op. cit.*, pp. 203-204.

textes qui se sont succédés jusqu'au milieu de la Monarchie de Juillet, décèlent néanmoins l'émergence progressive d'une certaine retenue. Avant le règne de Charles X, les membres du Conseil étaient révocables *ad nutum*. L'article 41 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, prévoyait effectivement que : « *Le Premier consul...nomme et révoque à volonté les membres du Conseil d'Etat* ». C'est en application de cette disposition que fut par exemple révoqué Portalis fils, le 4 janvier 1811, pour un manquement commis dans le cadre de ses fonctions de directeur général de l'Imprimerie. Accusé par Napoléon I^{er} de ne pas l'avoir informé d'un bref du Pape circulant dans Paris, celui-ci aurait été évincé du Conseil sans avoir pu se défendre, au terme d'une adresse foudroyante : « *Sortez de mon conseil, que je ne vous revoie plus ; retirez-vous à quarante lieues de Paris* »¹⁸⁵¹. Les seuls apparemment susceptibles d'échapper à une telle éviction, étaient les conseillers d'Etat à vie. Catégorie créée par l'article 77 du Sénatus-consulte du 28 floréal an XII, celle-ci comprenait les membres du Conseil ayant été : « *pendant cinq années sur la liste de membres du Conseil en service ordinaire* » (alinéa 1^{er}). La conséquence attachée à cette qualité, était de ne pouvoir perdre son titre et ses droits : « *que par un jugement de la Haute Cour impériale emportant peine afflictive ou infamante* » (alinéa 3). Mais cette garantie se révélait en réalité, presque aussi peu protectrice des fonctions, que la révocabilité *ad nutum*. Un membre quel qu'il soit, pouvait simplement être exclu du fait de sa non-inscription sur la liste des conseillers en service ordinaire, arrêtée tous les trois mois par le Premier Consul¹⁸⁵². Les conseillers à vie se voyaient explicitement concernés par cette règle, en vertu du Sénatus-consulte de l'an XII (article 77 alinéa 2). Outre la perte des fonctions, leur traitement était alors réduit au tiers. Comme a pu l'affirmer Charles Durand : « *ce procédé silencieux et d'ailleurs incorrect était beaucoup plus à craindre pour un membre du Conseil qu'une révocation expresse...La révision périodique des listes permet donc en fait des éliminations sans éclat* »¹⁸⁵³. Justement, parce que silencieux, ce procédé fut repris sous la Restauration. L'ordonnance du 23 janvier 1815 disposait : « *Au 1^{er} janvier de chaque année, notre garde des sceaux soumettra à notre approbation le tableau de ceux des conseillers d'Etat et de nos maîtres des requêtes qui devront être mis en service ordinaire* » (article 5). Selon Marc Bouvet, les ministères successifs devaient régulièrement user de cette technique, au cours des

¹⁸⁵¹ Duc de Broglie, *Souvenirs*, t. 1, Calmann Lévy, Paris, 1886, pp. 123-124. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 45.

¹⁸⁵² Article 5 de l'arrêté du 7 fructidor an VIII. L'article 5 du décret du 11 juin 1806 prévoyait une disposition similaire, vis-à-vis des maîtres des requêtes.

¹⁸⁵³ C. Durand, *Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien*, PUF, Bibliothèque de l'Université d'Aix-Marseille, Paris, 1949, pp. 370 et 391.

dix années suivantes¹⁸⁵⁴, et quinze conseillers auraient été évincés de cette manière, pendant la seule période comprise entre 1822 et 1824¹⁸⁵⁵.

Prise sous l'impulsion du cabinet dirigé par Joseph de Villèle, l'ordonnance du 26 août 1824 apparut dans ces conditions, comme une première rupture. Son article 6 prévoyait que : « *Les conseillers d'Etat et les maîtres des requêtes en service ordinaire ne peuvent être révoqués qu'en vertu d'une ordonnance individuelle et spéciale, rendue par le Roi, sur proposition du garde des Sceaux* ». Dans une allocution prononcée dix ans plus tard à la Chambre des pairs, le 30 janvier 1834, le Baron Villot de Fréville fit encore l'apologie comparative de ce texte : « *avant qu'(il) n'intervînt, les membres du Conseil d'Etat n'apprenaient leur sort à la fin d'un trimestre ou d'une année, qu'en lisant le Moniteur. Depuis 1824, cet état précaire est remplacé par une véritable sécurité* »¹⁸⁵⁶. L'intervention de cette ordonnance devait cependant coïncider à quelques années d'intervalle, avec l'ouverture d'une campagne intense en faveur de l'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat. Dès la fin de la Restauration, en 1828, Louis-Antoine Macarel et Guillaume Routhier s'étaient respectivement déclarés pour la création d'une « *Cour de justice administrative* » et d'une « *Cour administrative supérieure* », dont les membres seraient inamovibles¹⁸⁵⁷. La justification invoquée par Macarel, se voulait à cet égard convaincante. Il commençait dans un premier temps, par un rappel à l'intention du Pouvoir « *En présentant la loi du 16 juillet 1824, sur les retraites des juges, M. Peyronnet, alors garde des Sceaux, s'exprimait en ces termes : « l'inamovibilité des juges est de l'essence même de la justice, parce qu'il n'y a point de justice sans indépendance, ni d'indépendance complète sans la sécurité précieuse que produit l'inamovibilité* ». Puis dans un second temps, il en tirait une conséquence logique : « *Or, cette raison, je vous prie, n'est-elle pas applicable à ceux qui jugent en Conseil d'Etat, comme à ceux qui jugent en Cour royale ? Quelle différence y a-t-il pour le justiciable de perdre son procès dans l'une ou l'autre juridiction ?...Lors donc qu'on vient lui dire : « Vous avez perdu votre procès au Conseil d'Etat, n'est-il pas en droit de s'écrier à son tour ? « Il n'y a pas de justice sans indépendance, et mes juges*

¹⁸⁵⁴ M. Bouvet, *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 110. Selon l'auteur, François Guizot et Pierre-Paul Royer-Collard dont la révocation intervint le 17 juillet 1820, ne figuraient déjà plus sur le tableau publié la veille.

¹⁸⁵⁵ En 1822 : d'Argout, Augier, Forestier, Froc de Boualye, Pichon et Ramond. En 1823 : de Broglie, Dumas, d'Hauterive, Hély d'Oissel, Mounier et Ricard. En 1824 : de Berthier, Duplex de Mézy et Zangiacomi.

¹⁸⁵⁶ Extrait de l'allocution du Baron Villot de Fréville à la Chambre des pairs, Séance du 30 janvier 1834, Archives parlementaires, 2^e série, t. 86, p. 53.

¹⁸⁵⁷ L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, op. cit., 1828, p. 481 ; G. Routhier, *De l'organisation du Conseil d'Etat en cour judiciaire...*, op. cit., 1828, p.106.

*n'étaient pas indépendans, car ils ne sont pas inamovibles... »*¹⁸⁵⁸. Si les propositions formulées par Macarel et Routhier tendaient à reconnaître l'inamovibilité aux membres d'une juridiction administrative autonome, celles qui furent émises au lendemain des Trois Glorieuses, visaient à l'octroyer plus globalement, à l'ensemble des membres du Conseil d'Etat.

La volonté de mettre en exergue le caractère libéral du nouveau régime, sans pour autant aller jusqu'à accorder l'inamovibilité aux membres du Conseil, conduisit finalement le Pouvoir à adopter une solution médiate. Au terme de la tardive ordonnance du 18 septembre 1839, il était prévu que : « *Les conseillers d'Etat et les maîtres des requêtes en service ordinaire ne peuvent être révoqués qu'en vertu d'une ordonnance spéciale et individuelle, rendue par nous (le Roi), sur le rapport du ministre président du Conseil d'Etat, et sur l'avis du Conseil des ministres* » (article 7). La loi du 19 juillet 1845 devait aller plus loin, en opérant un véritable transfert de compétence du monarque vers le cabinet. Reprenant le début de la formule précédente, son article 6 subordonnait la révocation à une « *ordonnance individuelle délibérée en Conseil des ministres et contresignée par le garde des Sceaux* ». Cette procédure qui fut adoptée sans discussion à la Chambre des députés, sur proposition du rapporteur et Conseiller d'Etat Pierre Dumon¹⁸⁵⁹, revêtait un caractère relativement ingénieux. En impliquant une délibération en conseil des ministres, et non plus la décision première d'un roi « *inviolable et sacré* »¹⁸⁶⁰, la révocation était susceptible d'entraîner la mise en œuvre de la responsabilité politique du cabinet, devant le Parlement. La raison des ministres était donc mise à contribution dans les deux textes, pour expliquer l'ampleur de la garantie en résultant pour les membres du Conseil d'Etat. Amédée Girod de l'Ain, également rapporteur et Conseiller d'Etat, ne s'exprimait pas autrement devant la Chambre des pairs. Lors de la séance du 29 janvier 1834, il affirmait : « *C'est précisément parce que nous avons reconnu que ce serait dans le plus grand nombre de cas des motifs de politique, que nous avons pensé que la garantie n'était pas illusoire. Les motifs politiques qui détermineront la révocation d'un conseiller d'Etat devront être forts graves ; c'est un acte de politique dont les conséquences peuvent avoir de la gravité ; c'est précisément pour cela qu'il importait que cet acte politique fût fait par la réunion des ministres et qu'il*

¹⁸⁵⁸ L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, op. cit., p. 461.

¹⁸⁵⁹ P. S. Dumon, Député, Rapport présenté à la Chambre des députés, Séance du 6 juillet 1843, *Moniteur* du 7 juillet 1843, Supplément B, p. VIII.

¹⁸⁶⁰ Article 12 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 : « *La personne du roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables* ».

ne pût dépendre d'un ministre seul »¹⁸⁶¹. Le Garde des Sceaux Jean-Baptiste Teste abondait encore dans le même sens, en 1839 : « *Je ne crains pas de me tromper en considérant cette garantie comme un gage d'inviolabilité... Il n'y aura jamais près de Votre Majesté un Ministère qui ose briser, au profit de passions politiques, une garantie toute morale* »¹⁸⁶².

509. Le mouvement initié par l'ordonnance de 1824, en faveur d'un encadrement de la compétence disciplinaire du Pouvoir politique vis-à-vis des membres du Conseil d'Etat, s'est néanmoins trouvé interrompu par la Révolution de février 1848. Pour autant, une institution créée par l'ordonnance du 18 septembre 1839, et moins inclinée à subir l'affliction des changements de régimes, a permis d'en prolonger l'esprit. La mise en place d'un vice-président du Conseil d'Etat, véritable interface entre le Pouvoir et les membres du Conseil, s'est révélée utile pour réduire le contrôle politique à l'égard de ces derniers. Jusqu'à cette date, la présidence de l'institution se voyait traditionnellement dévolue, en l'absence du chef de l'Etat, à une personnalité politique¹⁸⁶³. Le plus souvent, celle-ci était extérieure au Conseil, y siégeait de manière occasionnelle, et disposait d'une indépendance de caractère ou statutaire relative. Pendant le Consulat, cette fonction fut ainsi assurée par le Second Consul Cambacérès, et à défaut par le Troisième Consul Lebrun. Elle fut prise en charge par les mêmes personnes sous l'Empire, en leur qualité respective d'archichancelier et d'architrésorier. S'il est vrai que Cambacérès a joué durant cette période, un rôle éminent dans l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'Etat, il ne semble pas qu'il ait jamais réussi à faire preuve d'une force de caractère suffisante, pour s'opposer aux choix du Premier Consul puis de l'Empereur¹⁸⁶⁴. Au cours de la Première Restauration, il revenait au Chancelier de France de présider l'institution, ou en son absence, à un ministre désigné par le Roi. Cette fonction de suppléance fut ensuite confiée, lors de la Seconde Restauration, au président du Conseil des ministres, et à défaut, au garde des Sceaux. La Monarchie de Juillet s'inscrivit pendant les neuf premières années, dans le sillon du régime antérieur. La présidence fut confiée aux trois premiers ministres de l'instruction publique et des cultes, qui se succédèrent jusqu'en 1831, avant d'être dévolue au ministre de la

¹⁸⁶¹ A. Girod de l'Ain, Pair, Intervention à la Chambre des pairs, Séance du 29 janvier 1834, Archives parlementaires, 2^e série, t. 86, p. 46.

¹⁸⁶² J.-B. Teste, garde des Sceaux, Rapport au Roi sous l'ordonnance du 18 septembre 39, J.-B. Duvergier, t. 39, p. 287. Cité in M. Bouvet, *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 113.

¹⁸⁶³ *Président et vice-présidents du Conseil d'Etat*, in L. Fougère (dir), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., Annexe 1, p. 925.

¹⁸⁶⁴ Dans sa biographie, Pierre Voizard évoque ainsi un homme « *inféodé à Bonaparte* » au lendemain du 18 Brumaire. Voir : *Cambacérès*, in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 180.

justice. L'année 1839 marque dans ces conditions un tournant, avec la création d'un véritable poste de « *vice-président du Conseil d'Etat* », intégré à ce dernier, et distinct de toute fonction extérieure. Le titulaire de cette attribution se voyait donc dissocié des institutions à proprement parler « politiques », pour rejoindre une structure plus « neutre », marquée par un dualisme consultatif et juridictionnel. Ce qui était alors un pur produit d'une monarchie, fut repris sans heurt, par les régimes républicain et impérial qui lui succédèrent. Sous la Seconde République, la loi du 3 mars 1849 prévoyait que : « *Le président de la section de législation remplit les fonctions de vice-président du Conseil d'Etat, et remplace le président en cas d'absence ou d'empêchement* » (article 27 alinéa 2). Le texte de la Constitution du 14 janvier 1852, en vigueur sous le Second Empire, précisait de la même façon : « *Le Conseil d'Etat est présidé par le Président de la République et, en son absence, par une personne qu'il désigne comme vice-président du Conseil d'Etat* ».

L'indépendance qui pouvait résulter pour le vice-président, de son intégration au Conseil d'Etat, fut renforcée dès l'origine, par le choix de personnalités douées d'une grande puissance d'esprit. Nommé le 11 octobre 1839, et unique titulaire de cette fonction pendant la Monarchie de Juillet, Amédée Girod de l'Ain en constitue une excellente illustration. Celui-ci a été tour à tour, voire simultanément avant sa désignation : avocat, magistrat judiciaire, auditeur au Conseil d'Etat en service extraordinaire, avocat général près la Cour impériale puis royale de la Seine, président du tribunal de première instance de la Seine, député à la Chambre des représentants, Conseiller à la Cour royale de Paris, membre de la Chambre des députés, préfet, conseiller d'Etat en service extraordinaire puis ordinaire, président de la Chambre des députés et vice-président du comité de législation et de justice administrative en 1831, ministre secrétaire d'Etat au département de la justice et des cultes en 1832, pair de France et président du comité de législation et de justice administrative entre 1832 et 1839, et garde des Sceaux en 1839. Comme a pu le souligner le Conseiller Alfred Potier à son sujet, le « *Conseil d'Etat avait grand besoin de compter parmi ses membres* », à un moment où l'institution demeurerait critiquée par les chantres de l'unité juridictionnelle, « *un homme riche d'une telle expérience des affaires publiques* »¹⁸⁶⁵. Il devait d'ailleurs conserver la présidence de la Section du contentieux, jusqu'à son décès en 1847. Le choix de Cormenin pendant la Seconde République, reposait sur la même considération. Auditeur puis maître des requêtes entre 1810 et 1830, jurisconsulte réputé, et membre continu de la Chambre des députés à partir de 1828, il se distingua également par sa force de caractère. Le Maître des requêtes Latournerie mentionne ainsi, dans sa biographie du personnage, sa décision de quitter le Conseil d'Etat en 1830 : « *pour se consacrer uniquement à*

¹⁸⁶⁵ A. Potier, conseiller d'Etat honoraire, *Amédée Girod de l'Ain*, Biographie, in *ibid.*, p. 387.

une activité d'homme politique, dans une opposition violente à la Monarchie de juillet ». L'auteur évoque de même ce : « 28 février 1848, date à laquelle les nouveaux dirigeants, reconnaissant ses mérites de juriste pamphlétaire, le nomment conseiller d'Etat, puis vice-président » le lendemain¹⁸⁶⁶. Lors du Second Empire, il convient notamment de citer l'exemple d'Eugène Rouher, placé à la tête de l'institution pendant une courte période en 1863. Avant d'accéder à cette fonction, l'homme avait été cinq fois garde des Sceaux entre 1849 et 1852, président de section au Conseil d'Etat, vice-président de ce dernier à partir de 1852, et ministre des travaux publics, de l'agriculture et du commerce entre 1855 et 1863. Il fut surtout un véritable « pilier » du régime impérial, qualifié de « Vice-Empereur » par Emile Olivier, jusqu'à faire dire que la France n'était pas dotée d'un « Gouvernement », mais d'un « Rouhernement ». Ainsi, tandis que son prédécesseur de 1852 à 1863, Pierre-Jules Baroche, avait été désigné « Président du Conseil d'Etat », il fut lui-même nommé « Ministre présidant le Conseil d'Etat »¹⁸⁶⁷. Sous la III^{ème} République, il faut encore évoquer le cas d'Edouard Laferrière, vice-président de l'institution pendant douze ans, entre 1886 et 1898. Son parcours paraît de prime abord rectiligne, puisque nommé maître des requêtes en 1870, il devint conseiller d'Etat et président de la Section du contentieux neuf ans plus tard. Toutefois, il s'était distingué sur le plan politique avant 1870, pour avoir « combattu l'Empire avec vigueur dans les rangs de l'opposition républicaine »¹⁸⁶⁸. A la tête de la Section du contentieux, ce « juriste en diable » se fit également remarquer pour avoir défendu face à Léon Gambetta, l'indépendance du Conseil sur les questions religieuses¹⁸⁶⁹.

Ainsi était-il attendu du vice-président, le souci permanent de défendre les membres du Conseil d'Etat, contre l'arbitraire politique. Le Maître des requêtes Reverchon l'a précisément souligné, à propos de la désignation de Cormenin à ce poste, le 29 février 1848 : *Au moment de la Révolution de février, le Conseil d'Etat venait de perdre l'homme éminent qui le présidait depuis 1839 avec cette double supériorité de l'intelligence et du caractère qu'il est bien rare de réunir. L'un des premiers actes du Gouvernement fut d'appeler à ces fonctions un homme dont les antécédents auraient pu ne pas garantir entièrement la modération. Mais, heureusement infidèle à cette origine révolutionnaire, le nouveau président du Conseil...comprit sur le champ que son premier devoir était de défendre le*

¹⁸⁶⁶ M.-A. Latournerie, maître des requêtes, *Louis Marie Delahaye de Cormenin*, Biographie, in *ibid.*, p. 455.

¹⁸⁶⁷ M. Bernard, maître des requêtes, *Eugène Rouher*, Biographie, in *ibid.*, p. 523.

¹⁸⁶⁸ L. Fougère, conseiller d'Etat, *Edouard Laferrière*, Biographie, in *ibid.*, p. 706.

¹⁸⁶⁹ Voir sur le sujet, la lettre adressée par Pierre Cambon le 3 décembre 1881 à son épouse : *Correspondances (1870-1924)*, t. 1, Grasset, Paris, 1940, pp. 143-144. Cité in *ibid.*, p. 612.

Conseil..., c'est-à-dire de combattre, d'empêcher, de diminuer du moins la réaction contre des vellétés de destitution...de ceux des membres du Conseil que leur participation personnelle à la politique...de la Monarchie de juillet...et il parvint, sinon à les sauver tous, du moins à sauver plusieurs de ceux qui furent un instant menacés »¹⁸⁷⁰. Le même maître des requêtes a salué le rôle protecteur joué par le Vice-président Baroche, au lendemain du coup d'Etat du 2 décembre 1851, dans l'affaire des biens de la maison d'Orléans. Il relève ainsi que : « *Le 26 mai (1852)...M. Baroche répéta à plusieurs reprises qu'il désirait qu'on sût bien que le Conseil d'Etat, dans cette affaire, aurait toute sa liberté et qu'aucune atteinte ne serait portée à cette indépendance ; il ajouta même qu'il priaait les personnes présentes de le redire partout en son nom* »¹⁸⁷¹. Si Emile Reverchon fut révoqué au terme de cet épisode, force est cependant de constater qu'Eugène Rouher, qui avait démissionné de la chancellerie pour protester contre le déroulement de l'affaire, fut nommé vice-président trois jours plus tard¹⁸⁷². L'ancien « *Ministre présidant le Conseil* » devait d'ailleurs défendre en 1866, devant le Corps législatif, un Conseil : « *plein de science, d'indépendance et de loyauté* »¹⁸⁷³. Sous la III^{ème} République, Edouard Laferrière s'est pleinement inscrit dans cet état d'esprit. Il avait déjà exprimé ce souci, en tant que Président de la Section du contentieux. A Léon Gambetta qui lui déclarait à propos des questions religieuses : « *Si le Conseil d'Etat me donne tort, je le changerai, j'ai assez des légistes, des commentateurs et des commentateurs* », il lui répondit sobrement : « *Pourtant quand nous étions dans l'opposition les commentateurs vous on diablement servi* »¹⁸⁷⁴. Le Conseiller d'Etat Fougère a encore souligné la permanence de cette volonté, après 1886 : « *...républicain ardent, membre important du Grand Orient de France, lié de près aux dirigeants de l'époque...il fut ambitieux pour le corps qu'il présida pendant douze années avec une exceptionnelle autorité. Il défendit, au besoin contre le gouvernement, ses prérogatives, les principes de son organisation, son renom. Il*

¹⁸⁷⁰ E. Reverchon, *Notice sur M. Maillard, ancien président de section du Conseil d'Etat*, Imprimerie de S. Raçon, Paris, 1855, pp. 20-21. Cité in *ibid.*, pp. 399-400.

¹⁸⁷¹ E. Reverchon, *Les décrets du 22 janvier 1852*, chap. VIII, Paris, 1871, pp. 53-62. Cité in *ibid.*, p. 487.

¹⁸⁷² Sénat, *Eugène Rouher*, Biographie des présidents du Sénat, www.senat.fr.

¹⁸⁷³ Extrait du discours prononcé par Eugène Rouher devant le Corps législatif, Séance du 19 mars 1866, *Annales du Sénat et du Corps législatif*. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 484.

¹⁸⁷⁴ Extrait de la lettre adressée par Pierre Cambon à son épouse, le 3 décembre 1879...Cité in *ibid.*, p. 612.

s'efforça d'améliorer la qualité de son personnel, en s'opposant aux nominations de caractère politique »¹⁸⁷⁵.

510. La protection assurée par le vice-président contre l'arbitraire politique, a toutefois eu pour contrepartie, la prise en charge par celui-ci, de la discipline au sein du Conseil. Faute de disposer d'une véritable compétence disciplinaire, il recourt en premier lieu, à la menace de sanction par l'autorité de nomination. Le Vice-président Laferrière en résumait l'économie, dans une lettre adressée au président du Conseil, le 24 mai 1889 : « *Si des conseillers d'Etat cessaient d'être à la hauteur de leurs fonctions, le vice-président du Conseil d'Etat aurait le devoir d'en aviser le garde des sceaux et de provoquer un sacrifice devenu nécessaire* »¹⁸⁷⁶. A cette époque, le vice-président bénéficiait de deux leviers juridiques, à l'appui de cette « *magistrature d'information* ». L'article 5 alinéa 3 de la loi du 24 mai 1872, prévoyait d'une part, que : « *Les décrets portant révocation ne seront rendus qu'après avoir pris l'avis des présidents* ». L'alinéa précédent disposait d'autre part, que : « *Pour la nomination des maîtres des requêtes, du secrétaire général ou du secrétaire du contentieux, le vice-président et les présidents de section sont appelés à faire des présentations* ». Ainsi qu'a pu le relever le Professeur Kessler, s'agissant de la seconde disposition : « *le vice-président, en ne proposant pas tel ou tel membre à la nomination du garde des Sceaux, avait une arme pour assurer la discipline dans la maison* »¹⁸⁷⁷.

De fait, la difficile reconnaissance d'un système de carrière au Conseil d'Etat, a naturellement conduit les vice-présidents successifs à privilégier ce mécanisme de sanction, moins rigoureux que la révocation. Ce pouvoir s'est toutefois trouvé amenuisé, avec le développement de l'avancement à l'ancienneté. Il ne semble pas pour autant possible d'affirmer, comme le suggère l'auteur précité, que cette pratique « *priva* » le vice-président de cette faculté, et que : « *En dépit de l'absence de tout moyen d'assurer cette discipline, celle-ci continua à régner au sein du Conseil d'Etat* ». L'émergence de cette coutume, a paradoxalement pu renforcer la rigueur de cet outil. Dans une institution de taille restreinte, où l'ordre du tableau est matérialisé par un meuble laissé à la vue de tous, et auquel les membres du Conseil se trouvent attachés pour la durée de leur carrière, une absence d'avancement peut se révéler particulièrement stigmatisante. Les vice-présidents l'auront sans doute compris, puisque : « *d'après des témoignages recueillis au Conseil d'Etat, cinq ou*

¹⁸⁷⁵ L. Fougère, conseiller d'Etat, *Edouard Laferrière*, Biographie, in *ibid.*, p. 707.

¹⁸⁷⁶ Extrait d'une lettre adressée par Edouard Laferrière au président du Conseil, le 24 mai 1889. Cité in *ibid.*, p. 629.

¹⁸⁷⁷ M.-C. Kessler, *op. cit.*, p. 204.

six cas d'avancement au choix...ont pu être enregistrés (de 1945 à 1968), à titre de sanctions contre des cas d'incurie caractérisée »¹⁸⁷⁸. Face à des situations plus graves, le vice-président aurait en outre réussi jusqu'à présent, à obtenir la démission volontaire des intéressés. Deux incartades ayant eu lieu au cours de la même période, celles-ci auraient : « *été discrètement réglé(e)s par la démission des coupables. Ceux-ci ont donc accepté de rendre service au corps en s'éliminant eux-mêmes* »¹⁸⁷⁹.

Au-delà de la possibilité d'actionner un mécanisme aboutissant à une sanction, le vice-président dispose plus largement d'une magistrature de conseil, vis-à-vis de membres du Conseil d'Etat. Le Vice-président Laferrière en a ici encore résumé l'idée, dans une lettre publiée dans le journal *Le Temps*, le 16 novembre 1894 : « *Si...on envisage la mission du président, on se demande comment elle pourrait être remplie...conformément aux traditions du Conseil...La fonction de président...exige la permanence de l'unité d'action. Le président n'a pas seulement à s'occuper des dossiers, il faut aussi qu'il s'occupe des personnes. Il a sous sa direction des rapporteurs appartenant à tous les degrés de la hiérarchie, conseillers d'Etat, maîtres des requêtes, auditeurs. A l'égard des plus expérimentés sa direction doit être discrète, mais à l'égard des autres et surtout de la jeune phalange des auditeurs, cette direction doit être assidue. La fonction de président comporte alors une sorte de préceptorat bienveillant, sévère s'il le faut, mais qui ne peut s'exercer avec fruit et justice que s'il s'allie à l'esprit de suite et à une autorité toujours en éveil...Une des choses qui ont le plus contribué à assurer à la section du contentieux la haute discipline et à la sûreté des méthodes, c'est la fixité de ses cadres et l'unité de sa direction. J'ai eu l'honneur de la présider pendant sept ans et peut-être ai-je, à ce titre, le droit de défendre ses traditions dont j'ai vu la force et reconnu le courage* »¹⁸⁸⁰. C'est cette action continue du vice-président, qui doit pouvoir permettre de prévenir en amont, la prise de toute mesure d'éviction dirigée contre les membres du Conseil d'Etat, jusqu'à leur assurer une véritable irrévocabilité de fait.

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*, pp. 201-202.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 204.

¹⁸⁸⁰ E. Laferrière, Lettre publiée dans le journal *Le Temps*, le 16 novembre 1894, concernant le projet de réforme de l'organisation du Conseil d'Etat. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 617.

SECTION 2 . L'ordre administratif, pyramide d'inamovibilités

511. L'unité normative entre les différentes inamovibilités existant dans l'ordre administratif, n'est pas assurée, ainsi que cela pourrait se concevoir, par un principe métajuridique inscrit dans la Constitution ou dans la loi. Cette lacune ne se trouve pas *a priori* palliée, par la jurisprudence « *Validation d'actes administratifs* » du Conseil constitutionnel¹⁸⁸¹. En effet, cette décision paraît principalement s'attacher à l'indépendance fonctionnelle de la juridiction administrative¹⁸⁸², et le recours à la loi du 24 mai 1872 comme point de départ des « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » consacrant cette indépendance, rend malaisée son invocation. Depuis cette date jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution du 27 octobre 1946, non seulement aucune disposition législative n'est venue reconnaître l'inamovibilité des membres des juridictions administratives, mais la loi du 13 juillet 1879 conduisit en outre à la plus sévère épuration qu'ait jamais connu le Conseil d'Etat¹⁸⁸³.

Pour autant, cette unité n'est pas virtuelle. Elle est assurée de manière pyramidale par le Conseil d'Etat, en sa qualité de juridiction administrative suprême. L'article L. 111-1 du code de justice administratif lui donne effectivement attribution, pour statuer : *souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administratives ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou juge d'appel* », tandis qu'un principe fondamental reconnu par les lois de la République confie plus largement à la juridiction administrative, une compétence de principe pour : « *l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif (et) leurs agents* »¹⁸⁸⁴. Les « magistrats » administratifs voient ainsi leur inamovibilité garantie par une institution, constitutive de la plus haute juridiction de l'ordre auquel ils appartiennent, et dont les propres membres jouissent d'une véritable « irrévocabilité de fait » (§ 1). Cependant, une approche réaliste et juridique de la « *presque inamovibilité* » des membres du Conseil d'Etat, conduit à souligner

¹⁸⁸¹ CC, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, « *Validation d'actes administratifs* », cons. 6.

¹⁸⁸² Par exemple, l'interprétation donnée par : C. Lepage, C. Huglo, *Code de justice administrative*, Litec, LexisNexis, 2009, Commentaire 2) sous l'article L. 332-2, pp. 53-54.

¹⁸⁸³ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, pp. 581-590.

¹⁸⁸⁴ CC, décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, « *Conseil de la concurrence* », cons. 15.

les limites d'une construction qui repose, au final, sur la conjugaison d'une « inamovibilité de fait » ayant une valeur juridique relative et d'une « amovibilité de droit » (§ 2).

§ 1. Des inamovibilités protégées par l'inamovibilité « coutumière » des membres du Conseil d'Etat

512. L'idée d'une protection de l'inamovibilité des « magistrats » administratifs par le Conseil d'Etat, est d'autant plus attrayante, qu'une majorité de la doctrine prête à l'inamovibilité de fait de ses membres, un caractère coutumier. Les auteurs ont ainsi pu évoquer entre autres, une « règle coutumière »¹⁸⁸⁵, une « coutume séculaire qui a autant de force, sinon plus, qu'une disposition législative »¹⁸⁸⁶, ou encore une « coutume plus que séculaire (ayant) autant de force qu'un texte positif »¹⁸⁸⁷. Sur le plan comparatif, l'intérêt de recourir à cette notion, envisagée comme une « extension efficace du droit d'inamovibilité par rapport au concept d'inamovibilité de fait »¹⁸⁸⁸, réside dans son application initiale aux professeurs d'université. Or, ces derniers sont concrètement préservés contre le risque d'éviction arbitraire, par un binôme : « inamovibilité de droit, inamovibilité de fait »¹⁸⁸⁹. L'inamovibilité des « magistrats » administratifs se trouve en conséquence, idéalement protégée par le Conseil d'Etat (A), bien que l'inamovibilité coutumière de ses membres apparaisse d'un point de vue juridique, beaucoup plus illusoire que réelle (B).

A . La valeur « uniformisée » de l'inamovibilité des membres des juridictions administratives

513. Le Conseil d'Etat dispose, en sa qualité de juridiction administrative suprême, d'un double levier pour assurer l'inamovibilité des « magistrats » administratifs. Principal compositeur d'un droit essentiellement prétorien, il joue d'une part, un rôle majeur dans la détermination et la définition abstraite des

¹⁸⁸⁵ H. Puget, *op. cit.*, p. 117.

¹⁸⁸⁶ R. Perrot, *op. cit.*, 12^e éd., 2006, p. 303.

¹⁸⁸⁷ J.-M. Auby, R. Drago, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 1962, pp. 169, 2^e éd., 1975, p. 187, et 3^e éd., 1984, p. 252.

¹⁸⁸⁸ P. Lavigne, *op. cit.*, p. 159.

¹⁸⁸⁹ P. Sandevour, *op. cit.*, p. 335.

garanties d'éviction (1^o). Juge du respect du droit de la fonction publique, il connaît d'autre part, directement et concrètement des litiges se rapportant à ces mêmes garanties (2^o).

1^o) Le contrôle abstrait des mesures d'éviction par le Conseil d'Etat

514. En sa qualité de juridiction souveraine d'un ordre juridictionnel, étroitement lié à l'existence d'un droit prétorien dérogoratoire au droit commun, le Conseil d'Etat statuant au contentieux dispose, sinon d'un véritable pouvoir normatif, du moins d'un pouvoir de qualification juridique qui s'en rapproche. Cette compétence est logiquement susceptible d'être mise au service de l'inamovibilité, de droit ou de fait, reconnue aux membres des quatre corps de « *magistrats* » administratifs et financiers. Tel paraît être en effet le cas, en matière de sanctions. C'est ainsi que la jurisprudence du Conseil, est indirectement venue expliciter la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité, attribuée par la loi aux membres des juridictions financières. S'agissant des magistrats des chambres régionales, le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes peut être qualifié de juridiction, et plus précisément de juridiction administrative, quand il statue en matière disciplinaire. Il s'agit là d'une extension nécessaire de l'arrêt « *l'Etang* » du 12 juillet 1969¹⁸⁹⁰, dont a pris acte le Législateur en 1982, lorsqu'il a entendu s'inspirer du Conseil supérieur de la magistrature, pour régler la discipline des membres du corps intéressé. Cette volonté s'est précisément traduite, par l'adoption d'une disposition prévoyant que les décisions rendues par le Conseil supérieur des chambres régionales : « *ne sont susceptibles que d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat* »¹⁸⁹¹. De même, concernant la discipline des membres de la Cour des comptes, il est assez certain que l'ancienne Chambre du Conseil aurait pu être qualifiée de juridiction administrative, à la lumière de l'arrêt précité. La remise en cause de la compétence de cette instance, par la loi du 1^{er} juillet 2006, n'a d'ailleurs pas entraîné la disparition de toute idée de discipline juridictionnelle. Comme l'ont souligné en ce sens, Guy Canivet et Julie Joly-Hurard, le Législateur a alors étendu au nouveau Conseil supérieur de la Cour des comptes : « *des principes processuels qui ne se justifient, ordinairement, que par la nature juridictionnelle des décisions prises par l'organe concerné* »¹⁸⁹².

¹⁸⁹⁰ CE Ass., arrêt du 12 juillet 1969, « *L'Etang* », Rec. p. 388.

¹⁸⁹¹ Désormais codifiée à article L. 223-9 du code des juridictions financières.

¹⁸⁹² « ..., et que l'on a plutôt coutume de rencontrer dans les procédures disciplinaires qui confèrent le pouvoir de sanction au Conseil de discipline lui-même, tel le Conseil supérieur de la magistrature...ou encore le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes ». Voir : G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges judiciaires, administratifs et des comptes*, Litec, Litec professionnels, Paris, 2007, pp. 170-171.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a également contribué, de manière beaucoup plus emblématique, à la reconnaissance d'une inamovibilité de fait ou de droit aux « *rapporteurs publics* », respectivement présents au sein du Conseil d'Etat, d'une part, et des tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel, d'autre part¹⁸⁹³. Désigné jusqu'en février 2009, sous l'appellation de « *commissaire du gouvernement* », le rapporteur public aurait effectivement pu être un représentant de l'Etat, délégué dans des fonctions amovibles. Il en va par exemple ainsi, des « *commissaires du gouvernement* » qui officient devant certaines juridictions administratives spécialisées, telles que les tribunaux départementaux et les cours régionales des pensions¹⁸⁹⁴. Il en va de même, des « *commissaires du gouvernement* » qui interviennent devant les sections administratives du Conseil d'Etat¹⁸⁹⁵, ou qui assistent les membres du Gouvernement devant les Assemblées parlementaires¹⁸⁹⁶. Pourtant, il n'en est rien. S'il reste insusceptible d'être qualifié de « *juge de jugement* », le rapporteur public, choisi parmi les membres de sa juridiction, est loin de constituer un représentant de l'Etat. Selon les termes employés par le Professeur Perrot, il agit comme une « *partie jointe* » chargée de faire connaître à la formation de jugement, de « *façon objective* », « *ce qu'il estime devoir être la bonne application de la loi* »¹⁸⁹⁷. C'est cette mission originale qui a permis au rapporteur public de bénéficier, par extension, de l'inamovibilité propre à son corps d'appartenance. Cette fonction *sui generis* est apparue sous le règne de la justice retenue, au détriment de la volonté politique initiale, d'établir un ministère public. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est révélée déterminante, pour la maintenir et la faire prospérer sous la justice déléguée, avant qu'elle ne soit confortée par le législateur national et la Cour européenne des droits de l'homme.

515. L'actuelle institution du rapporteur public trouve son origine dans l'ordonnance du 12 mars 1831, adoptée au l'aube de la Monarchie de Juillet. Son

¹⁸⁹³ Articles L. 1 et L. 7 du code de justice administrative.

¹⁸⁹⁴ Articles 1^{er} et 13 du décret n° 59-327 du 20 février 1959 relatif aux juridictions des pensions : « *Les fonctions de commissaire du Gouvernement sont remplies par un fonctionnaire civil ou militaire en activité de service ou retraité désigné, sur le territoire de la France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer, par le ministre des anciens combattants et victimes de guerre et, dans les territoires d'outre-mer, par le ministre dont relèvent ces territoires* ».

¹⁸⁹⁵ Articles R. 123-23 et 25 du code de justice administrative. La première disposition, d'application générale, prévoit que : « - *Dans chaque ministère, des décrets pris sur la proposition des ministres intéressés désignent des fonctionnaires ayant au moins rang de directeurs, qui sont habilités à assister en qualité de commissaire du gouvernement aux séances du Conseil pour l'ensemble des affaires du département dont ils relèvent* ».

¹⁸⁹⁶ Article 31 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « - *Les membres du Gouvernement ont accès aux deux assemblée... - Ils peuvent se faire assister par des commissaires du Gouvernement* ».

¹⁸⁹⁷ R. Perrot, *op. cit.*, 12^e éd., 2006, pp. 416-417.

article 2 prévoyait effectivement, que le « *Ministre Président du Conseil d'Etat* » désignerait au début de chaque trimestre : « *trois maîtres des requêtes qui exerceront les fonctions de ministère public. Dans chaque affaire, l'un d'eux devra être entendu* ». L'exposé des motifs se voulait alors, dépourvu de toute ambiguïté quant à la finalité poursuivie. L'un de ses considérants expliquait qu'au : « *moment où les parties obtiennent les avantages de la publicité et de la discussion orale, il est convenable que l'administration et l'ordre public trouvent des moyens de défense analogues à ceux qui leurs sont assurés devant les tribunaux ordinaires* »¹⁸⁹⁸. Quelques années plus tard, la notion de « *fonctions de ministère public* » se vit toutefois substituer, celle de « *fonctions de commissaires du roi* ». Les Pouvoirs exécutif et législatif intervinrent successivement en ce sens, avec l'article 28 de l'ordonnance du 18 septembre 1839, et l'article 20 de la loi du 19 juillet 1845. Ce changement terminologique ne marquait *a priori*, aucun changement tangible dans l'approche officielle du Pouvoir politique. Un regard rétrospectif vers la Constitution monarchique du 3 septembre 1791, et la Constitution républicaine du 5 fructidor an III, pouvait pourtant laisser suggérer le contraire. Ces textes avaient respectivement établi des « *commissaires du roi* » et « *du Pouvoir exécutif* » auprès des tribunaux, distincts des « *accusateurs publics* », et chargés de requérir l'observation des lois et de poursuivre l'exécution des jugements¹⁸⁹⁹.

A la lecture des écrits de Louis de Cormenin, une telle séparation n'apparaissait toutefois pas envisagée. Ainsi qu'il le soulignait en 1840 : « *L'institution du ministère public est très secourable pour l'Etat, dont les commissaires sont spécialement chargés de faire ressortir et de soutenir l'intérêt. Les commissaires sont pris parmi les maîtres des requêtes, d'après l'axiome : omnes sumus procuratores Caesaris*¹⁹⁰⁰. *Leur office est de veiller à la défense des intérêts de l'Etat, ... Nous avons proposé cette institution dans les derniers temps de la Restauration* »¹⁹⁰¹. Cette impression devait se trouver confortée par la suite, avec l'avènement de la Seconde République, puis de la République décennale. L'article 36 de la loi du 3 mars 1849 rétablissait la notion de « *fonctions de ministère public* »,

¹⁸⁹⁸ Extrait cité in : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 354.

¹⁸⁹⁹ Article 25 du Chapitre V de la Constitution du 3 septembre 1791 (Monarchie constitutionnelle), et article 249 de la Constitution du 5 fructidor an III (Première République).

¹⁹⁰⁰ « *Tout juge est procureur général* ».

¹⁹⁰¹ L. M. de Cormenin, *Droit administratif*, Pagnerre-Thorel, Paris, 1840, p. 59. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 354. L'auteur avait effectivement défendu dès 1818, l'institution d'un ministère public comparable à celui existant devant la juridiction judiciaire. Voir : L. M. de Cormenin, *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction pour notre monarchie constitutionnelle*, Pillet, Paris, 1818. Cité in T. Sauvel, *Les origines du commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, RDP, n° 5, 1949, p. 12.

tandis que l'article 18 du décret organique du 25 janvier 1852 la remplaçait par celle de « *fonctions de commissaires du gouvernement* ». Or, le recours à ces formules ne souffrait ici encore, d'aucune ambiguïté possible. La seconde, renvoyait à l'article 63 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, qui disposait que : « *La fonction d'accusateur public près un tribunal criminel, est remplie par le commissaire du gouvernement* ». Plus tard, l'article du Sénatus-consulte du 28 floréal an XII était intervenu, afin de substituer l'appellation de « *procureurs impériaux* » à celle de « *commissaires du gouvernement* ». Cette dernière appellation fut maintenue devant le Conseil d'Etat, pendant toute la durée de la justice retenue, et même étendue aux conseils de préfecture par un décret du 31 décembre 1862 (article 3).

516. Mais en dépit de la qualification donnée par les textes, le commissaire du gouvernement devait rapidement cesser d'apparaître en pratique, comme un véritable représentant du ministère public. Il semblerait que le premier arrêt à avoir été précédé de l'avis d'un maître des requêtes, désigné dans les « *fonctions de ministère public* », ait été rendu le 9 janvier 1832¹⁹⁰². Or à compter de cette date, trois mois seulement s'écoulèrent, avant que le Conseil d'Etat n'adopte une solution qui, conformément à l'avis émis par le commissaire du gouvernement, rejetait les prétentions du ministre des finances. Ce fut l'arrêt du 24 mars 1832, « *D'Annebault et consorts c. Administration des domaines* »¹⁹⁰³. Cette liberté ne parut pas remise en cause lors de la courte parenthèse de justice déléguée, offerte par l'avènement de la Seconde République. Le Conseiller d'Etat Genevois fait état en ce sens, d'un arrêt « *Briffault* » du 25 janvier 1851¹⁹⁰⁴, qui fut rendu au détriment de l'Administration, sur les conclusions du Maître des requêtes Cornudet. Sous réserve de l'affaire des « *Biens d'Orléans* », dont le dénouement se traduisit par la révocation du Commissaire du gouvernement Reverchon¹⁹⁰⁵, il semble que cette indépendance ait également prospéré sous la République décennale et le Second Empire. Le jugement porté par Georges l'Hôpital en 1872, sur les fonctions qu'il avait exercées pendant cette période, se révèle à cet égard, assez édifiant : « *Si...par mon ancienne qualité de commissaire du gouvernement, vous entendez le « ministère public au contentieux », je tiens à répéter bien haut ceci. Mes devanciers, mes collègues, mes successeurs et moi-même, y avons toujours professé hautement et pratiqué, avec l'indépendance la plus complète, le principe que, devant la justice administrative, le gouvernement n'a d'autre intérêt que celui de la justice elle-même, et que ces mots*

¹⁹⁰² CE, arrêt du 9 janvier 1832, « *Truelle-Mullet c. Petit-Durieu* », Rec. p. 1.

¹⁹⁰³ CE, arrêt du 24 mars 1832, « *D'Annebault et consorts c. Administration des domaines* », Rec. p. 97.

¹⁹⁰⁴ CE, arrêt du 25 janvier 1851, « *Briffault* », Rec. p. 36.

¹⁹⁰⁵ Voir sur ce point : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., pp. 485-490.

« *commissaire du gouvernement* » veulent dire « *commissaire de la loi et du bon droit* »¹⁹⁰⁶.

Deux raisons principales permettent, semble-t-il, d'expliquer cette situation paradoxale. La première tient à l'imprécision des textes institutifs. Comme le notait dès 1831, Prosper Duvergier : « *Rien ne détermine les fonctions et les devoirs de ce ministère public. On appliquera sans doute les dispositions organiques du ministère public devant les tribunaux ordinaires* »¹⁹⁰⁷. La spécificité de la justice administrative subordonnait toutefois une telle transposition, à certaines adaptations préalables. Il convenait au minimum d'établir et organiser un parquet hiérarchisé, ainsi que les relations entre l'action de ce ministère public et celle de l'Administration déjà partie à l'instance. Mais le Pouvoir politique n'intervint de manière significative, ni en 1831, ni au cours des décennies suivantes. L'ordonnance du 18 septembre 1839 et la loi du 21 juillet 1945, devaient tout au plus prévoir tour à tour, que le commissaire du roi donne « *son avis* », puis « *ses conclusions dans chaque affaire* ». Selon le Conseiller d'Etat Sauvel, l'évolution d'un parquet au sens judiciaire du terme, se révélait impossible : « *les commissaires...de 1831 n'avaient point de chef et n'étaient nommés que pour trois mois ! Un seul rôle leur restait, celui d'un observateur qui agit moins dans l'intérêt du gouvernement que dans celui, plus abstrait, de la légalité. C'est en somme la partie jointe dans les affaires civiles qui sont « communiqués au Parquet »* »¹⁹⁰⁸. Une deuxième raison est liée à la permanence de la justice retenue, pendant l'essentiel du demi-siècle qui a suivi l'institution de l'ancêtre du rapporteur public. Si des représentants éminents de la doctrine avaient suggéré, dès la Restauration, la mise en place d'un ministère public, force est de constater que : « *Nul ne parl(ait) d'en placer un auprès du Conseil d'Etat* ». Pour Comenin, comme pour Routhier et Henrion de Pansey, il s'agissait uniquement de la contrepartie du passage à une justice déléguée, qu'ils appelaient de leurs vœux¹⁹⁰⁹. S'il fut néanmoins prévu, dès le début de la Monarchie de Juillet, que des « *maîtres des requêtes exerceront les fonctions de ministère public* », c'est parce que les quinze premières années du régime ont été marquées, par une controverse autour du maintien de la justice retenue¹⁹¹⁰. Mais sous l'empire de cette dernière, l'intérêt d'un parquet administratif ne semblait pas évident. Le Député Persil

¹⁹⁰⁶ Cité par A. de Jancigny, *Georges l'Hôpital (1825-1892)*, Imprimerie de Charles Hérissey, Evreux, 1893, pp. 21-23.

¹⁹⁰⁷ P. Duvergier, 1831, p. 58, note 1. Cité in T. Sauvel, *Les origines du commissaire...*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁰⁸ T. Sauvel, *Les origines du commissaire...*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁰⁹ Voir sur ce point : *ibid.*, p. 12.

¹⁹¹⁰ Voir sur ce point : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, pp. 334-337.

argumentait d'ailleurs en ce sens, en 1836, dans un rapport à la chambre basse : « *La constitution intérieure du Conseil d'Etat rend inutile la création d'un ministère public chargé de représenter le gouvernement ; aussi ne serait-il pas exact d'assimiler les commissaires du roi aux membres du ministère public devant les tribunaux* »¹⁹¹¹. L'institution d'un parquet ne se justifiait pas, dès lors que la fonction de juge suprême de l'ordre administratif, se trouvait assurée par le chef de l'Etat. Celui-ci répondait précisément à l'ancien adage hérité du Moyen Âge : « *Tout juge est procureur général* ». Fontaine de justice¹⁹¹², le roi, prince-président ou empereur, était également le premier représentant et défenseur des intérêts de l'Etat. Si le chef de l'Etat acceptait de ratifier les projets d'arrêts contentieux du Conseil d'Etat, rendus contre les prétentions de l'Administration, mais suivant les conclusions du commissaire du gouvernement, c'est *a priori* qu'il jugeait ces dernières conformes à l'intérêt de l'Etat¹⁹¹³.

517. L'avènement de la justice déléguée devait cependant rendre nécessaire une intervention du Conseil d'Etat, afin de préserver et pérenniser cette pratique antérieure d'indépendance des commissaires du gouvernement. Adopté au début de la III^{ème} République, l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 avait effectivement érigé le Conseil d'Etat au rang de juridiction souveraine de l'ordre administratif. L'ouverture d'un débat sur la création d'un parquet administratif, se serait alors révélée légitime. D'ailleurs, il convient de rappeler que sous la Seconde République, la mise en place d'une telle institution avait été envisagée lors des travaux préparatoires à loi du 3 mars 1849. Celle-ci aurait concrètement pris la forme de « *commissaires généraux de la République* ». Mais elle fut rapidement rejetée en séance, en raison d'une méconnaissance réelle ou intentionnelle de la fonction de commissaire du gouvernement, telle qu'elle avait été exercée dans les faits, sous le régime précédent. Le Député Gaslonde put dans ces conditions s'opposer, « *sans être contredit* », à l'institution proposée : « *Qu'est-ce que votre commissaire général de la République ? Je dis que c'est un rouage inutile, puisque vous avez des maîtres des*

¹⁹¹¹ J.-C. Persil, député, Rapport à la Chambre des députés, Séance du 20 janvier 1836, *Moniteur universel* du 21 janvier 1836. Cité in *ibid.*, p. 355.

¹⁹¹² Article 48 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 : « *Toute justice émane du roi* ». Article 7 de la Constitution du 14 janvier 1852 : « *La justice se rend en son [Président de la République/Empereur] nom* ».

¹⁹¹³ Cependant, comme l'a notamment précisé Julien Laferrière, le chef de l'Etat a très rarement refusé, pendant toute la durée de la justice retenue, de ratifier les projets d'arrêts du Conseil d'Etat. Voir sur ce point : J. Laferrière, *op. cit.*, pp. 74-75. L'affaire des « *Biens d'Orléans* » en 1852, offre à cet égard, une illustration contraire. Le Commissaire du gouvernement fut alors révoqué, pour avoir envisagé de rendre des conclusions, ne reflétant pas la position du Prince-Président. Voir sur ce point : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, pp. 485-490.

requêtes qui servent de commissaire du gouvernement »¹⁹¹⁴. Vingt-trois ans plus tard, à la lumière de l'indépendance dont avaient joui les commissaires du gouvernement pendant la période impériale, une telle opinion serait en revanche apparue difficilement soutenable. Mais la question de la mise en place d'un ministère public, semble avoir été tout simplement éludée lors de l'examen de la future loi du 24 mai 1872. L'absence de remise en cause du principe du « *ministre-juge* », ne justifiait peut-être pas encore l'engagement d'une discussion sur le sujet. Le juge de droit commun restait le ministre, comme au lendemain de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III. Simple juge d'attribution, le Conseil d'Etat intervenait alors essentiellement en appel, sur les décisions ministérielles contentieuses. La présence d'un parquet administratif pouvait dès lors paraître inutile, dans la mesure où le Conseil d'Etat avait connaissance de la position défendue par le ministre, à la lecture de l'arrêté contre lequel était formé l'appel. Or, rejoignant le vieil adage précédemment cité, le « *ministre-juge* » statuait en premier ressort, non seulement comme « *juge* », mais encore comme « *procureur général* ».

Confronté à une évolution de la juridiction administrative qui se serait certainement traduite à terme, par une pleine consécration législative de la justice déléguée, le Conseil d'Etat entreprit d'asseoir lui-même l'indépendance des commissaires du gouvernement, en tant que « *conseillers* » de la formation de jugement. Ce fut d'abord un des résultats pratiques, souhaité ou non, de l'arrêt « *Cadot* » du 13 décembre 1889. La théorie du « *ministre-juge* » avait été progressivement abandonnée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, au cours des années précédentes, et cet arrêt était venu lui porter « *le coup de grâce* ». Mais tandis qu'il marquait le franchissement d'une « *étape capitale dans l'évolution du contentieux administratif* », il s'est singularisé de l'avis des commentateurs, par son caractère particulièrement indolore dans le contexte de l'époque. Ainsi qu'ont pu l'écrire par la suite, les auteurs des « *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* », il s'agissait là d'une décision : « *d'apparence anodine, dépourvu(e) de grandes affirmations de principe* »¹⁹¹⁵. L'une des conséquences immédiates, fut que le Pouvoir politique ne perçut pas l'intérêt, si ce n'est la nécessité de transformer les commissaires du gouvernement en véritables représentants du ministère public. Cette idée d'un conseil indépendant et impartial, placé auprès de la formation de jugement, put donc continuer à prospérer sous la III^{ème} République. A cet égard, il est

¹⁹¹⁴ C. P. Gaslonde, député, Intervention à l'Assemblée nationale, Séance du 24 janvier 1849, Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale, t. VII, 1849, p. 423. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 355.

¹⁹¹⁵ M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Commentaire de l'arrêt Cadot*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Grands arrêts, Paris, 16^e éd., 2007, n° 5, p. 37.

assez singulier de constater qu'Edouard Laferrière, qui assurait la vice-présidence du Conseil d'Etat au moment où fut rendu l'arrêt « *Cadot* », avait défendu cette conception des fonctions de commissaire, un an à peine auparavant. Dans son *Traité de la juridiction administrative* de 1888, il soulignait l'importance du commissaire dans la qualité de la délibération à venir : « *Si l'examen qu'il fait de l'affaire et du projet d'arrêt le conduit à une solution différente de celle que le projet propose, il est d'usage qu'il en fasse part à la Section du contentieux, qui débat à nouveau les points contestés et modifie, s'il y a lieu, son projet d'arrêt. Si le désaccord subsiste, le commissaire du gouvernement a le droit et même le devoir d'exposer son opinion propre devant l'Assemblée du contentieux* »¹⁹¹⁶. A partir de là, près de soixante-dix ans s'écoulèrent avant que le Conseil d'Etat n'intervienne de nouveau, afin de graver l'institution dans le marbre de sa jurisprudence. Pendant cette très longue période, marquée par une abstention persistante du Pouvoir, les fonctions décrites par le Vice-président Laferrière, s'étaient consolidées dans la pratique. En 1952, le brusque relèvement de ses fonctions, d'un commissaire du gouvernement placé auprès du Conseil du contentieux administratif de l'Afrique occidentale française (AOF), donna au Conseil d'Etat l'occasion de statuer sur la nature et la finalité de cette institution. En l'espèce, il était reproché à l'intéressé, de : « *n'avoir pas soutenu avec succès la thèse de l'administration dans un litige soumis à cette juridiction* ». Saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la mesure du haut commissaire de la République, le Conseil d'Etat présenta l'institution en ces termes : « *Considérant que le commissaire du gouvernement près le Conseil...n'est pas le représentant de l'administration ; qu'en ce qui concerne le fonctionnement interne de cette juridiction, il ne relève que de la seule autorité du président de celle-ci ; qu'il a pour mission d'exposer au conseil les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles du droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction* »¹⁹¹⁷. Appliquée ici à un commissaire du gouvernement près le Conseil de l'AOF, cette jurisprudence avait bien plus encore vocation à concerner les commissaires du gouvernement en activité au Conseil d'Etat et dans les tribunaux administratifs.

Quarante années s'écoulèrent de nouveau, avant que le Conseil d'Etat, toujours dans un souci de ne pas éveiller l'attention du Pouvoir politique, ne vienne franchir une nouvelle étape. Avec l'arrêt « *Gervaise* » précité, la Haute juridiction avait

¹⁹¹⁶ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Berger-Levrault et Cie, Paris, 1^{ère} éd., 1888, p. 338.

¹⁹¹⁷ CE, arrêt du 10 juillet 1957, « *Gervaise* », Rec. p. 466, J. Fournier, G. Braibant, *Le rôle des commissaires du gouvernement près les juridictions administratives*, AJDA, 1957.II.394.

conforté le commissaire du gouvernement dans cette image d'une sorte de « *conseiller* » indépendant et impartial, placé auprès de la formation de jugement. Il se trouvait en conséquence placé à un stade intermédiaire, entre celui de conseiller du Pouvoir politique, et celui de juge administratif proprement dit. Au sein du Conseil d'Etat, l'absence de distinction statutaire entre les membres du service ordinaire appartenant aux formations administratives ou contentieuses, était *a priori* de nature à assurer au commissaire du gouvernement, l'inamovibilité de fait bénéficiant à ses pairs¹⁹¹⁸. De la même façon, à partir des années 1986 et 1987, l'absence de distinction entre les juges et les autres magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, était normalement de nature à assurer aux commissaires du gouvernement présents dans ces juridictions, une inamovibilité de droit identique à celle des autres conseillers¹⁹¹⁹. Un doute pouvait cependant subsister, dans l'Opinion publique et auprès des justiciables, concernant la différence entre l'institution du commissaire du gouvernement et un ministère public traditionnel. Le Conseil d'Etat fut amené à statuer sur ce point, à propos de la soumission des conclusions au principe du contradictoire, prévu par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans une décision « *Mme Esclatine* » du 29 juillet 1998, il devait affirmer, après avoir rappelé le considérant de l'arrêt « *Gervaise* », que le commissaire du gouvernement : « *participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre* »¹⁹²⁰. Comme l'a alors expliqué le Maître des requêtes Chauvaux, dans ses conclusions sur cet arrêt, le commissaire peut s'analyser comme : « *un magistrat qui doit se déterminer comme un juge mais qui, au lieu de participer au délibéré et de voter, expose les données du litige aux autres juges en présence du public* »¹⁹²¹. Il est un juge dans la mesure où il assiste aux séances d'instruction, au même titre que les « magistrats » qui siègeront dans la formation de jugement, et où il se prononce sur l'affaire, au terme d'un « *délibéré intime d'un seul homme* ». Mais il est encore un juge non décisionnel, parce qu'il ne participe plus au délibéré de la formation collégiale qui rend l'arrêt ou le jugement, et ne prend aucune décision par ailleurs. Le statut du commissaire a donc évolué avec la jurisprudence « *Mme Esclatine* », vers celui d'un « *juge consultatif* » placé auprès de la formation de jugement. Cumulant les avantages de

¹⁹¹⁸ Voir les développements consacrés à l'inamovibilité de fait des membres du corps du Conseil d'Etat, dans le chapitre précédent de la thèse.

¹⁹¹⁹ Voir les développements consacrés à l'inamovibilité de droit des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, dans le chapitre précédent de la thèse.

¹⁹²⁰ CE, arrêt du 29 juillet 1998, « *Mme Esclatine* », Req. n° 179635 et 180208.

¹⁹²¹ D. Chauvaux, Conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat, du 29 juillet 1998, « *Mme Esclatine* », Rec. p. 325.

celui qui juge et de celui qui ne fait que conseiller, son indépendance et son inamovibilité devraient en théorie s'en trouver exacerbées.

518. L'intervention prétorienne du Conseil d'Etat, en faveur des commissaires du gouvernement, loin d'être condamnée par les Pouvoirs publics, s'est vue progressivement confortée aux échelons national et européen. En France, les Pouvoirs exécutif et législatif ont ainsi pris un ensemble de mesures positives, destinées à assoir la jurisprudence du Conseil. Le premier mouvement constaté en ce sens, a coïncidé avec la politique de « *normalisation* » de la justice administrative vis-à-vis de son pendant judiciaire, menée à partir du début des années 1980. C'est ainsi que l'article 18 de la loi du 6 janvier 1986, destinée à fixer les « *règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs* »¹⁹²², a expressément consacré le principe énoncé dans l'arrêt « *Gervaise* ». Cette disposition a été étendue un an plus tard, avec la loi du 31 décembre 1987, aux membres des cours administratives d'appel nouvellement créées. L'ordonnance du 4 mai 2000, relative à la partie législative du code de justice administrative, l'a enfin étendu aux membres du Conseil d'Etat. Au terme de l'article L. 7 de ce code, d'application générale, il est en effet prévu, qu'un : « *membre de la juridiction, chargé des fonctions de commissaire du gouvernement, expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent* ». Un second mouvement normatif, s'est trouvé lié au débat sur la conformité de l'institution et du rôle du commissaire du gouvernement, au regard des exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Pouvoir réglementaire a d'une part, modifié les conditions de désignation des commissaires, afin de diminuer l'emprise de l'Exécutif. Tel a été l'objet du décret du 19 décembre 2005¹⁹²³. Tandis que devant le Conseil d'Etat, les commissaires étaient nommés par décret du Président de la République, sur proposition du garde des Sceaux, et après présentation du vice-président du Conseil et du président de la Section du contentieux, ils sont maintenant désignés par le vice-président du Conseil, sur proposition du président de la Section précitée¹⁹²⁴. De la même manière, alors que les commissaires des tribunaux et des cours étaient auparavant nommés par le chef de l'Etat, après avis du président de la juridiction d'appartenance, et sur présentation du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ils sont désormais désignés par le vice-président du Conseil d'Etat, sur avis conforme du Conseil supérieur

¹⁹²² Loi n° 86-14 fixant les règles garantissant l'indépendance des tribunaux administratifs.

¹⁹²³ Décret n° 2005-1586 du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative.

¹⁹²⁴ Article R. 122-5 du code de justice administrative.

susmentionné¹⁹²⁵. Il convient sans doute de voir dans ces changements, un moyen de prévenir un risque de réitération des faits relatés dans l'arrêt « *Gervaise* », sachant que le commissaire est désigné pour une durée indéterminée depuis la loi du 3 mars 1849, sans qu'aucune précision ne soit donnée quant aux modalités de retrait des fonctions¹⁹²⁶. D'autre part, le Pouvoir réglementaire est intervenu par un décret du 7 janvier 2009, afin de remplacer l'appellation cent-cinquantenaire de « *commissaire du gouvernement* », par celle moins connotée politiquement, de « *rapporteur public* »¹⁹²⁷.

Au niveau européen, la Cour européenne des droits de l'homme a également, sinon conforté, du moins reconnu l'indépendance du commissaire du gouvernement en droit interne. L'arrêt « *Kress c. France* » du 7 janvier 2001, s'est en effet révélé l'occasion pour elle, de statuer pour la première fois sur la compatibilité de cette institution, avec les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention du même nom. La Cour a ainsi paru rejoindre l'arrêt « *Gervaise* » du Conseil d'Etat, en estimant qu'il : « *n'est pas contesté que (le) rôle (du commissaire) n'est nullement celui d'un ministère public ni qu'il représente un caractère sui generis propre au système du contentieux administratif français* »¹⁹²⁸. En revanche, elle ne semble pas s'être prononcée explicitement sur sa qualité de « *juge* », comme l'avait qualifié le Conseil d'Etat dans son arrêt « *Mme Esclatine* ». La Cour s'est d'abord référée aux arguments invoqués par le gouvernement français, suivants lesquels : « *il n'existe aucune distinction entre siège et parquet au sein des juridictions administratives, (et) le commissaire du gouvernement, du point de vue statutaire, est un juge au même titre que tous les autres membres du Conseil d'Etat* »¹⁹²⁹. Puis, dans un second temps, elle a directement conclu en affirmant que : « *Nul n'a jamais mis en doute l'indépendance ni l'impartialité du commissaire du gouvernement, et la Cour estime qu'au regard de la Convention son existence et son statut organique ne sont pas en cause* »¹⁹³⁰. Les arrêts « *Martinie c. France* » du 12 avril 2006, et « *Sacilor Lormines*

¹⁹²⁵ Article R. 222-23 et 32 du code de justice administrative.

¹⁹²⁶ L'article R. 122-5 du code de justice administrative prévoit tout au plus, pour les rapporteurs publics désignés au sein du Conseil d'Etat, qu'ils : « *ne peuvent exercer leurs fonctions pendant une durée totale supérieure à dix années. En cas de nécessité du service, ces fonctions peuvent être prolongées dans la limite d'un an, par arrêté du vice-président* ». Le fait que dans la tradition, les rapporteurs publics soient choisis parmi les maîtres des requêtes, est toutefois susceptible de faire varier cette durée, suivant le moment de la première nomination.

¹⁹²⁷ Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

¹⁹²⁸ CEDH, arrêt du 7 janvier 2001, « *Kress c. France* », Req. n° 39594/98, § 69.

¹⁹²⁹ *Ibid.*, § 68.

¹⁹³⁰ *Ibid.*, § 71.

c. France » du 9 novembre 2006, n'ont malheureusement pas permis d'apporter une réponse claire au statut du commissaire du gouvernement. Dans ces deux arrêts, la Cour européenne a effectivement jugé contraires à l'article 6 § 1 précité, aussi bien la « participation », que l'« assistance » du commissaire au délibéré de la formation de jugement¹⁹³¹. Il serait cependant erroné d'en déduire l'impossibilité pour celui-ci d'être regardé comme un juge. Si la jurisprudence européenne fait obstacle à ce qu'il puisse être qualifié de « juge de jugement », les conclusions du Commissaire Chauvaux sous l'arrêt « Mme Esclatine », ont toutefois montré, semble-t-il, qu'il pouvait être regardé comme un « juge consultatif » pendant l'instruction et avant le jugement de l'affaire¹⁹³². Il convient sans doute, dans le silence de la Cour, d'admettre la justesse de cette dernière interprétation.

2°) Le contrôle concret des mesures d'éviction par le Conseil d'Etat

519. Juge proclamé du respect du droit de la fonction publique, le Conseil d'Etat statuant au contentieux est susceptible de connaître, en excès de pouvoir ou en cassation, des recours juridictionnels dirigés contre les mesures d'éviction prises à l'encontre de « magistrats » relevant de l'un des trois autres corps de l'ordre juridictionnel administratif. Il en va particulièrement ainsi, en matière de sanctions. Concernant les membres du corps de la Cour des comptes, et ceux du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, l'autorité disciplinaire étant aussi celle de nomination, à savoir le Président de la République, le principe est celui de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat¹⁹³³. Ce dernier est directement amené à statuer sur les recours pour excès de pouvoir ou de pleine juridiction, portés contre de tels actes. S'agissant des membres du corps des chambres régionales des comptes, le pouvoir disciplinaire étant confié au Conseil

¹⁹³¹ CEDH, arrêt du 12 avril 2006, « *Martinie c. France* », Req. n° 58675/00, § 53-55 ; CEDH, arrêt du 9 novembre 2006, « *Sacilor Lormines c. France* », Req., n° 65411/01, § 78-80.

¹⁹³² D. Chauvaux, *op. cit.*, pp. 323-325.

¹⁹³³ Cette compétence du Conseil d'Etat en matière disciplinaire, n'a pas été remise en cause par l'intervention du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives. L'actuel article R. 311-1 du code de justice administrative dispose en effet que : « *Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort...3° Des litiges concernant le recrutement et la discipline des agents publics nommés par décret du président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (3^e alinéa) de la Constitution...* ». En revanche, comme le souligne le Conseiller d'Etat Chabanol, il résulte de la lecture combinée de cet article et de l'article R. 222-13 du même code, que : « *tous les litiges liés au déroulement de la carrière des agents concernés relèvent (désormais) en première instance du tribunal administratif, qu'il s'agisse de la rémunération, de l'avancement, des mutations, de la sortie du service si elle n'est pas disciplinaire, et bien sûr des pensions* ». Voir : D. Chabanol, *Code de justice administrative*, Le Moniteur, Paris, 4^e éd., 2010, p. 323. Reste qu'à défaut d'intervenir ici, dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir proprement dit, le Conseil d'Etat demeure compétent pour connaître de ces litiges en cassation.

supérieur des chambres régionales des comptes, le principe est encore celui de la compétence de la Haute juridiction administrative. Les sanctions prononcées par le Conseil supérieur, émanant d'une juridiction administrative spécialisée, « *ne sont susceptibles* », faute d'un double degré de juridiction : « *que d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat* »¹⁹³⁴.

Or, force est de constater en pratique, l'extrême rareté des sanctions prises contre des membres de ces trois corps. Il n'existe ainsi pas d'exemple connu, au cours des dernières décennies, de magistrat sanctionné au sein de la Cour des comptes. De la même façon, il semble que le régime disciplinaire applicable aux magistrats des chambres régionales, « *n'ait pratiquement jamais eu l'occasion de s'appliquer* », et qu'il : « *n'existe...qu'un seul précédent disciplinaire, qui a été porté par la suite devant le Conseil d'Etat* »¹⁹³⁵. Les sanctions touchant des membres du troisième corps, se seraient enfin révélées, tout aussi « *rarissimes* » depuis 1986¹⁹³⁶. Cette situation d'irrévocabilité de fait, assez paradoxale à la lumière des statistiques disponibles pour les magistrats du siège de l'ordre judiciaire¹⁹³⁷, pourtant bénéficiaires d'une inamovibilité à la fois juridictionnelle et constitutionnelle, a pu surprendre jusqu'à certains représentants de la classe politique¹⁹³⁸ et de la presse écrite¹⁹³⁹. Elle paraît pourtant s'expliquer, au-delà de données propres à chaque corps, notamment liées à la haute qualité de leurs membres, par des « *facteurs paracontentieux d'unité de la juridiction administrative* »¹⁹⁴⁰. L'exercice par le Conseil d'Etat de certaines compétences complémentaires, destinées à assurer l'unité

¹⁹³⁴ Article L. 223-9 du code des juridictions financières.

¹⁹³⁵ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, *op. cit.*, p. 201. Les deux auteurs citent l'arrêt du Conseil d'Etat, du 5 novembre 2001, « *Verrax* », Req. n° 205768.

¹⁹³⁶ Pour deux cas de sanctions contestées devant le Conseil d'Etat : CE, arrêt du 28 juin 1995, « *Durand* », Req. n° 11553 (fin du détachement pour motif disciplinaire d'un administrateur civil détaché en qualité de conseiller de tribunal administratif) ; CE, arrêt du 6 juin 2003, « *Chassagnard* », Req. n° 244732 (mise à la retraite d'office et radiation du corps des TACAA). Pour un autre cas de sanction non contestée devant le Conseil d'Etat : décret du 1^{er} mars 2005 prononçant la sanction disciplinaire du déplacement d'office à l'encontre d'un membre du corps des TACAA, JO n° 99 du 28 avril 2005, p. 7396, texte n° 57.

¹⁹³⁷ Voir les rapports annuels du Conseil supérieur de la magistrature, www.conseil-superieur-magistrature.fr.

¹⁹³⁸ F. Cornut-Gentille, député, Question écrite n° 60202, JO Assemblée nationale, 15 mars 2005, p. 2660. Réponse du garde des Sceaux, JO Assemblée nationale, 24 mai 2005, p. 5390.

¹⁹³⁹ J. Coignard, R. Lecadre, *Un juge, recordman de lenteur, saisi au porte-monnaie à Nice*, Libération, 5 juillet 2006.

¹⁹⁴⁰ La notion, qui semble recouvrir des aspects complémentaires de l'activité strictement contentieuse du Conseil d'Etat, en tant que juridiction suprême de l'ordre administratif, est utilisée par Jean-Claude Bonichot, Paul Cassia et Bernard Poujade. Voir : *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, Grands arrêts, Paris, 1^{ère} éd., 2007, p. 7.

de la jurisprudence et du droit administratifs, favorise la constitution d'un système propice au développement d'une irrévocabilité de fait des membres des trois corps étudiés. Ce cadre repose plus précisément, sur une logique générale de corps, un problème d'impartialité pour les « magistrats » des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, et la faible transparence de la procédure disciplinaire au sein de l'ordre administratif.

520. L'existence d'une certaine logique de corps caractérise en premier lieu l'ordre juridictionnel administratif, paraissant garantir aux membres des trois corps concernés, en dernier ressort ou en cassation, le bénéfice d'un jugement par des pairs irrévocables. Une fois exercé devant le Conseil d'Etat, le recours juridictionnel contre la sanction, ces « magistrats » jouissent en effet *a minima*, d'un jugement par les pairs. Cette image d'un ordre administratif, composé de quatre corps distincts, reflète imparfaitement une réalité plus nuancée. Plusieurs facteurs jouent en faveur de l'émergence et de l'entretien d'un certain esprit de corps, transcendant les « magistratures » administratives et financières, et qui n'est pas sans rappeler celui qui existe dans l'ordre judiciaire. D'une part, le principe reste à ce jour, celui d'un vivier de recrutement commun aux quatre corps. Les auditeurs au Conseil d'Etat, les auditeurs à la Cour des comptes, les conseillers des chambres régionales, et les conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, sont normalement recrutés parmi les anciens élèves de l'Ecole nationale d'administration¹⁹⁴¹. S'il est vrai que le recrutement complémentaire au sein du dernier corps cité, est aujourd'hui devenu très majoritaire¹⁹⁴², des mécanismes ont toutefois été mis en place pour préserver une certaine homogénéité d'ensemble. C'est ainsi qu'avant leur entrée en fonctions, et quel que soit leur mode de recrutement, les premiers conseillers et les conseillers du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : « *reçoivent au Conseil d'Etat une formation complémentaire de six mois* »¹⁹⁴³. La gestion de ce même corps est en outre assurée par le Conseil d'Etat lui-même¹⁹⁴⁴, et des passerelles ont été progressivement établies

¹⁹⁴¹ Sont en principes issus de l'ENA : tous les auditeurs de 2^e classe au Conseil d'Etat (article L. 133-6 du code de justice administrative) ; l'essentiel des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (article L. 233-2 du CJA) ; tous les auditeurs de 2^e classe à la Cour des comptes (article R. 122-1 du code des juridictions financières) ; et l'essentiel des conseillers des chambres régionales des comptes (article R. 221-3 du CJF).

¹⁹⁴² En dépit de la lettre de l'article L. 233-2 du code de justice administrative, l'article L. 233-6 du même code précise que : « *Le nombre de postes pourvus au titre du recrutement complémentaire ne peut excéder trois fois le nombre de postes offerts chaque année dans le corps des tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel aux élèves sortant de l'Ecole nationale d'administration et aux candidats au tour extérieur* ».

¹⁹⁴³ Article R. 233-2 du code de justice administrative.

¹⁹⁴⁴ Articles R. 231-3 et 4 du code de justice administrative.

entre les membres de ce dernier et ceux du corps étudié¹⁹⁴⁵, dans une perspective de complémentarité. D'autre part, le caractère d'un ordre juridictionnel « d'exception », à la recherche constante d'une identité et d'une légitimité propres, vis-à-vis de l'Autorité judiciaire et de l'Administration active, est certainement de nature à promouvoir une solidarité entre les quatre corps. De celle-ci paraît encore dépendre aujourd'hui en grande partie, la pérennité de l'institution¹⁹⁴⁶. Or, cette idée d'une cohésion entre tous les corps de l'ordre juridictionnel administratif, conduit à appliquer à l'ensemble de ces derniers une opinion que le futur Procureur général près la Cour de cassation, Pierre Bézio, limitait en 1960 aux seuls membres du Conseil d'Etat. Le magistrat judiciaire écrivait en effet à cette époque, que : « *si un membre du Conseil d'Etat formait un recours contre une décision prise à son encontre par l'Exécutif, cette décision serait conformément au droit commun, soumise au contrôle de la section contentieuse du Conseil d'Etat* », avant d'ajouter à titre de conclusion : « *Etre jugé par ses pairs n'est-ce pas la plus sûre des garanties ? L'inamovibilité la mieux assurée ne se traduit pas autrement* »¹⁹⁴⁷.

Cette assurance d'un jugement par les pairs se double pourtant, en faveur des membres des trois corps étudiés, de la certitude pour ces derniers de pouvoir être jugés par des « magistrats », qui jouissent d'une irrévocabilité de fait. Si une telle irrévocabilité n'est pas forcément synonyme, dans les relations avec le Pouvoir politique, d'une protection supérieure à celle offerte par une inamovibilité de droit, elle soulève cependant une question de légitimité. Il n'est effectivement pas certain, que des juges « irrévocables », si ce n'est « irresponsables », soient les plus à même de statuer sur le bien fondé de sanctions disciplinaires, prononcées contre d'autres « magistrats ». Il s'agit d'ailleurs là d'un argument traditionnellement invoqué par le Pouvoir, à l'encontre des magistrats de l'ordre judiciaire, pour justifier le renforcement des mécanismes de responsabilité disciplinaire, qui leurs sont

¹⁹⁴⁵ Un emploi sur six « *emplois vacants dans le grade de conseiller d'Etat auxquels peuvent être nommées, en application de l'article L. 133-3, des personnes ne détenant pas le grade de maître des requêtes* », sont pourvus par des membres du corps des TACCA (article R. 133-3 du CJA). De la même façon, un emploi sur quatre « *emplois vacants dans le grade de maître des requêtes auxquels peuvent être nommées, en application des dispositions de l'article L. 133-4, des personnes ne détenant pas le grade d'auditeur de 1^{re} classe au Conseil d'Etat* », sont pourvus par des membres du même corps (article R. 133-5 du CJA). En sens inverse, la présidence des cours administratives d'appel, est obligatoirement confiée à un conseiller d'Etat en service ordinaire (article L. 222-3 du CJA).

¹⁹⁴⁶ Voir par exemple sur ce point, le débat qui a entouré, lors des travaux préparatoires à la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, le dépôt d'un amendement parlementaire relatif à la répartition des contentieux entre les ordres juridictionnels : Union syndicale des magistrats administratifs (USMA), dépêche, AFP, 19 mai 2008 ; P. Mazeaud, *Menace sur la juridiction administrative*, Le Monde, 20 mai 2008 ; O. Pluen, *La constitution de blocs contentieux : aspect du débat sur la dualité juridictionnelle*, www.blogdroitadministratif.net, 25 mai 2008.

¹⁹⁴⁷ P. Bézio, *Sur l'insuffisance des garanties de carrière accordées aux magistrats - L'inamovibilité... Un mythe ?*, Le Pouvoir judiciaire, n° 1960, 1960, p. 1.

applicables¹⁹⁴⁸. Or, pour le Conseil d'Etat, la difficulté se trouve renforcée par le fait que l'Exécutif ne figure pas dans l'ordre juridictionnel administratif, comme c'est le cas en matière judiciaire, au rang des autorités investies du pouvoir de poursuite initiale. Bien au contraire, il se trouve exclusivement dévolu, pour les trois corps étudiés, à des « magistrats » administratifs ou financiers. C'est ainsi que pour les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, cette compétence est confiée, d'après l'article L. 236-1 du code de justice administrative, à la fois au président de la juridiction à laquelle appartient le membre visé, et au chef de la Mission d'inspection des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. A l'exception du président du tribunal administratif, les deux autres autorités sont obligatoirement des conseillers d'Etat, lesquels jouissent en raison de cette qualité, d'une irrévocabilité de fait. Le pouvoir de poursuite appartient de la même manière, vis-à-vis des membres des chambres régionales des comptes, au président de la chambre dans laquelle siège le magistrat concerné, ainsi qu'au premier président de la Cour des comptes¹⁹⁴⁹. S'il ne s'agit certes pas ici, de membres du Conseil d'Etat, il convient néanmoins de rappeler que les magistrats de la Cour des comptes ont bénéficié au cours de l'histoire, d'une tradition d'irrévocabilité de fait équivalente, voire plus importante que ceux-ci¹⁹⁵⁰. L'interrogation soulevée précédemment, s'agissant des membres du Conseil d'Etat, se pose donc dans des termes identiques à leur égard. La compétence de poursuite est enfin attribuée, au sein de la Cour des comptes, au président de la chambre dans laquelle est affecté le magistrat visé, ou au premier président de l'institution¹⁹⁵¹. Mais là encore, la tradition d'irrévocabilité de fait dont jouissent les membres de cette juridiction, peut sembler constituer un frein à l'engagement d'une procédure disciplinaire. L'estime personnelle qui caractérise cette institution pluriséculaire,

¹⁹⁴⁸ Dans son introduction au colloque consacré au thème : « *Juger les juges* », Robert Jacob prenait notamment soin de rappeler un des passages du *Nouveau Testament*, fondateur de la discipline des magistrats judiciaires depuis l'époque médiévale : « *Ne porter de jugement contre personne, afin que Dieu ne vous juge pas non plus. Car Dieu vous jugera comme vous jugerez les autres... Pourquoi regardes-tu le brin de paille qui est dans l'œil de ton frère, alors que tu ne remarques pas la poutre qui est dans ton œil ?* » (Evangile selon Matthieu, VII, 1-3). Cité in AFHJ, *Juger les juges...*, op. cit., p. 7.

¹⁹⁴⁹ En vertu de l'article L. 223-1 du code des juridictions financières, le pouvoir de poursuite appartient au président de la chambre régionale d'appartenance, lorsque l'intéressé est visé en sa qualité de juges des comptes, et au premier président de la Cour des comptes, lorsque le magistrat concerné se trouve délégué dans les fonctions du ministère public.

¹⁹⁵⁰ Voir les développements consacrés aux membres de la Cour des comptes, dans le Chapitre précédent.

¹⁹⁵¹ Selon l'article L. 123-5 du code des juridictions financières, le pouvoir de poursuite est confié au président de la chambre à laquelle est affecté le magistrat visé, ou au premier président de la Cour des comptes, lorsque le magistrat n'est affecté à aucune chambre, est délégué dans des fonctions du ministère public, ou est lui-même président de chambre.

initialement conçue comme une juridiction suprême¹⁹⁵², et présidée par d'anciennes personnalités politiques de premier plan¹⁹⁵³, peut au demeurant justifier une certaine réticence de ses membres, à voir leur situation disciplinaire dépendre en dernier ressort, de la « bienveillance » du Conseil d'Etat.

521. L'existence d'un problème d'impartialité au niveau de la procédure disciplinaire applicable aux membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, paraît au-delà faire bénéficier ceux-ci d'une garantie supplémentaire. L'encadrement administratif de ces juridictions, est en effet dévolu au Conseil d'Etat depuis la loi du 31 décembre 1987. C'est ainsi que l'article R. 231-1 du code de justice administrative dispose que le vice-président du Conseil, « assure la gestion » de ce corps. Dans l'exercice de cette mission, celui-ci est notamment secondé par deux instances, qui possèdent chacune parmi leurs attributions, une part de la compétence disciplinaire. La première est la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives, qui remplit des fonctions d'évaluation et de contrôle, et dont le chef constitue, d'après l'article L. 236-1 du code précité, une des autorités investies du pouvoir de poursuite. « Exercée sous l'autorité du vice-président du Conseil », cette « mission » se compose d'un « conseiller d'Etat assisté par d'autres membres du Conseil d'Etat », tous désignés par ce même vice-président¹⁹⁵⁴. La seconde instance visée, est le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui dispose, en application de l'article L. 236-1, d'un pouvoir d'instruction des dossiers et de proposition à l'intention de l'autorité disciplinaire. Au terme de l'article L. 232-2, elle se trouve présidée par le vice-président du Conseil. Elle comprend au-delà, le conseiller d'Etat chargé de la Mission d'inspection permanente, le directeur général de la Fonction publique, le Secrétaire général du Conseil, le directeur des Services judiciaires de la Chancellerie, cinq représentants élus du corps concerné, et trois personnalités qualifiées, nommées par le chef de l'Etat et le président de chacune des deux Assemblées parlementaires.

Or, une telle structuration de la procédure disciplinaire, n'est pas sans soulever certaines difficultés. Le chef de la Mission permanente d'inspection intervient, en effet, en plusieurs moments de celle-ci. De par cette qualité et celle de membre de droit du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, il cumule à la fois des fonctions de poursuite, d'instruction et de proposition. Comme le soulignent Guy Canivet et Julie Joly-Hurard, il : « peut donc être amené à

¹⁹⁵² Voir les développements consacrés à la Cour des comptes, dans le Chapitre précédent.

¹⁹⁵³ Par exemple, au cours des deux dernières décennies : Pierre Joxe (1993-2001), Philippe Séguin (2004-2010), Didier Migaud (depuis 2010).

¹⁹⁵⁴ Article R. 112-1 du code de justice administrative. Voir également : J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 10.

devoir se prononcer sur des faits qu'il a lui-même pris l'initiative de soumettre à l'examen du Conseil ». Cette situation, contraire à l'exigence d'impartialité, aurait conduit le chef de la Mission à faire le choix de « *se déporter, spontanément, de la formation disciplinaire* », dans les affaires « *les plus récentes* » portées devant le Conseil supérieur¹⁹⁵⁵. Ce déport systématique et permanent entraîne toutefois lui-même un inconvénient, dans la mesure où le Conseil supérieur se trouve non seulement privé d'un de ses membres de droit, mais également réduit à douze membres au lieu de treize. Cette seconde situation, cette fois-ci contraire à la lettre de l'article L. 232-2 sur la composition du Conseil supérieur, paraît rendre tout aussi difficile l'exercice de sa fonction disciplinaire par ce dernier organe. Ces circonstances peuvent sans doute expliquer, malgré l'extrême gravité des charges retenues, la faiblesse d'une des rares sanctions prononcées au cours de la dernière décennie, contre un conseiller du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel¹⁹⁵⁶. Une critique assez similaire semble pouvoir être formulée à l'encontre du vice-président du Conseil d'Etat. Celui-ci intervient directement ou indirectement, à plusieurs étapes de la procédure disciplinaire. Il exerce une autorité sur la Mission permanente d'inspection, et en désigne ses membres. Cette instance lui remet un rapport « *à l'issue de chaque inspection* »¹⁹⁵⁷. Il préside le Conseil supérieur visé à l'article L. 236-1, ainsi que, au plus haut niveau des voies de recours contre les sanctions disciplinaires, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat¹⁹⁵⁸. Le vice-président est donc susceptible de cumuler, dans l'hypothèse la plus ultime, des fonctions indirectes de poursuite et d'instruction, et directes de proposition et de jugement. La possibilité de déport du vice-président devant le Conseil supérieur, semble malheureusement neutralisée par la nature des règles de suppléance. Selon l'article L. 232-3 : « *En cas d'empêchement du vice-président du Conseil..., la présidence est assurée de plein droit par le conseiller d'Etat, chef de la mission permanente...Ce dernier est lui-même suppléé par un*

¹⁹⁵⁵ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, *op. cit.*, p. 134.

¹⁹⁵⁶ En 2005, le vice-président du tribunal administratif de Nice a en effet été sanctionné par une mesure de déplacement d'office. Il lui était pourtant reproché : d'être « *personnellement intervenue soit pour retarder, soit pour accélérer anormalement le traitement d'affaires touchant directement ou indirectement aux intérêts de son frère...que ces interventions constituent des violations délibérées du principe d'impartialité qui s'impose au juge administratif* » ; de s'être « *rendue coupable d'une série d'irrégularités graves dans l'instruction et le jugement de diverses affaires...que ces faits constituent des manquements graves aux devoirs de l'état de magistrat* ». Le décret conclut en précisant que : « *le comportement de Mme..., alors surtout qu'il s'agit d'un magistrat du grade de président, bénéficiant d'une longue expérience, présente un caractère gravement fautif* ». Voir : décret du 1^{er} mars 2005 prononçant la sanction disciplinaire du déplacement d'office à l'encontre d'un membre du corps des TACAA, JO n° 99 du 28 avril 2008, p. 7396, texte n° 57.

¹⁹⁵⁷ J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁵⁸ Articles L. 122-1 et R. 122-20 du code de justice administrative.

conseiller d'Etat désigné par le vice-président ». Il en résulte un cercle vicieux auquel, semble-t-il, seule une intervention normative du législateur permettrait de remédier.

522. L'ordre administratif « professionnel » apparaît caractérisé, en dernier lieu, par une faible transparence de la procédure disciplinaire applicable à ses membres. Ainsi que l'écrivent effectivement à cet égard, Guy Canivet et Julie Joly-Hurard : « *de transparence et de jurisprudence, on n'en trouve aucune trace dans la discipline des magistrats de l'ordre administratif, tous corps confondus* »¹⁹⁵⁹. Cette situation peut s'expliquer en partie par cette culture mêlée de discrétion et d'autogestion, propre aux juridictions administratives, et plus particulièrement au Conseil d'Etat. D'une certaine manière, il est possible de penser que la position de la Haute institution, sorte d'interface entre le Pouvoir politique et l'ordre administratif, a pu favoriser la diffusion de cette culture à l'ensemble des juridictions qui composent ce dernier. Or, comme le relèvent également les deux auteurs précités, cette circonstance aboutit à ce que, « *mis à part quelques mesures disciplinaires isolées* », dont la publicité résulte de décrets publiés au Journal officiel ou d'arrêts rendus par le Conseil d'Etat, il : « *n'est pas possible d'apprécier à leur juste valeur l'effectivité des régimes disciplinaires existants* »¹⁹⁶⁰. Ce constat tranche résolument avec celui qui est susceptible d'être opéré vis-à-vis de l'ordre judiciaire, marqué par une politique de transparence sans cesse accrue. La loi organique du 25 juin 2001 est ainsi venue consacrer dans ce domaine, le principe de la publicité des audiences disciplinaires, et celui des décisions et avis rendus par le Conseil supérieur de la magistrature¹⁹⁶¹. Ce dernier a pour sa part souhaité procéder dès 2003, de son propre mouvement, à une compilation de la jurisprudence disciplinaire de ses formations et du Conseil d'Etat¹⁹⁶². Il en est résulté la publication en 2006, d'un Recueil regroupant l'ensemble des décisions et avis rendus par ces institutions, depuis 1959¹⁹⁶³. A l'occasion de la loi organique du 5 mars 2007, le législateur a encore entendu prolonger cette action, en habilitant le Conseil supérieur de la magistrature à élaborer et à rendre public : « *Un recueil des obligations déontologiques des*

¹⁹⁵⁹ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 10.

¹⁹⁶¹ Articles 57 et 65 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, modifiés par les articles 19 et 21 de la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001.

¹⁹⁶² CSM, Rapport annuel d'activité 2002-2003, Les éditions des Journaux officiels, Paris, 2003, p. 168.

¹⁹⁶³ www.conseil-supérieur-magistrature.fr.

magistrats »¹⁹⁶⁴. Enfin, la pleine entrée en vigueur du dispositif, introduit lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, de saisine du Conseil supérieur de la magistrature par les justiciables¹⁹⁶⁵, devrait encore contribuer à renforcer cette tendance.

Des mécanismes d'une telle ampleur sont absents au niveau de l'ordre administratif. Force est d'ailleurs de constater que le mode de recrutement et de formation initiale des « magistrats » administratifs et financiers, n'est pas de nature à favoriser une approche « disciplinaire » de la carrière au sein des juridictions administratives. Le souci de pallier à cette lacune, s'est essentiellement traduit sous l'impulsion du Conseil d'Etat, par la mise en place de « *groupes de réflexion chargés d'élaborer des chartes de déontologie* »¹⁹⁶⁶, pour les membres du corps du Conseil d'Etat et ceux du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Cette initiative a notamment conduit à la parution, en mai 2007, d'un Recueil relatif « *aux réflexions sur la déontologie et les bonnes pratiques* ». Mais ce texte, « *destiné à la formation des magistrats administratif* », n'a *a priori* pas vocation à être porté à la connaissance du public. En outre, il insiste moins sur l'idée de discipline que sur celle de déontologie. Cette inclination n'est cependant pas dépourvue, à la lumière de la culture de discrétion et d'autogestion précitée, d'une certaine logique. L'autorité compétente pour engager l'action disciplinaire, « *apprécie (en effet) librement (,) la suite à donner aux faits qui sont portés à sa connaissance* »¹⁹⁶⁷. Dès lors, selon l'explication proposée par Guy Canivet et Julie Joly-Hurard : « *Rien n'empêche...les présidents de juridiction de préférer, à la voie disciplinaire, un mode plus consensuel de règlement des différends, sous forme d'échanges, d'entretiens ou de conseils avec leurs subordonnés* »¹⁹⁶⁸. Cette méthode tend certainement à être privilégiée dans les quatre corps de « magistrats » administratifs et financiers. Toutefois, comme le relativisent les deux auteurs précités : « *On sait malheureusement qu'en l'absence de texte octroyant expressément (aux présidents,) le pouvoir de prononcer (des mesures mineures), de telles démarches restent le plus souvent vaines et, au surplus, mal perçues par les*

¹⁹⁶⁴ Article 20 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, modifié par l'article 18 de la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007.

¹⁹⁶⁵ Article 65 alinéa 10 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Le Conseil supérieur de la magistrature peut-être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par une loi organique* ».

¹⁹⁶⁶ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, *op. cit.*, p. 85-86.

¹⁹⁶⁷ S. Bolle, *L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique, un régime « introuvable »*, RFDA, 2001, p. 421.

¹⁹⁶⁸ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, *op. cit.*, pp. 135 et 209.

membres du corps »¹⁹⁶⁹. Le fait que les textes n'attribuent pas aux présidents des chambres régionales, des tribunaux administratifs et des cours d'appel, le pouvoir de prononcer des blâmes ou des avertissements vis-à-vis de leurs membres, paraît donc atténuer pour ces juridictions, cette idée d'une discipline alternative, plus souple que la discipline traditionnelle. Le silence de la loi permet donc au corps des chambres régionales des comptes, et à celui des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, d'atteindre un degré d'irrévocabilité de fait qui résulte plus spécialement de la tradition, s'agissant des corps de la Cour des comptes et du Conseil d'Etat.

B . La valeur « coutumière » de l'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat

523. Si une majorité de la doctrine s'attache à voir dans l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat, une règle coutumière, rares sont ceux qui parmi ses représentants, ont cherché à démontrer l'exactitude de cette qualification. Cette garantie semble en réalité, bien plus proche de la catégorie normative des conventions de la Constitution (**1°**), tout en paraissant conserver la valeur juridique d'une coutume dans le droit positif interne (**2°**).

1°) Une coutume proche d'une convention de la Constitution

524. Ainsi que le soulignait déjà Gérard Teboul, dans sa thèse de doctorat soutenue en 1987, il y a sans doute quelque chose d'assez paradoxal à voir les « administrativistes » solliciter la coutume à l'appui de l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat¹⁹⁷⁰. Le regard que portent sur cette source du droit les « *ouvrages généraux des maîtres de doctrine* », affleure effectivement souvent le mépris. Pour illustration, si dans la troisième édition de son manuel de *Droit administratif général*, le Professeur Chapus écrivait que : « *rien à priori n'exclut l'existence en matière administrative de cette source de droit* », il prenait soin d'ajouter aussitôt : « *Mais s'il existait en cette matière des règles coutumières, il est vraisemblable qu'on le saurait* »¹⁹⁷¹. Des auteurs non moins prestigieux, ont abondé

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 209.

¹⁹⁷⁰ G. Teboul, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, thèse de doctorat, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 1989, p. 2.

¹⁹⁷¹ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 3e éd., 1987, p. 22, n° 44. Sans doute l'auteur a-t-il nuancé son propos, au lendemain de la soutenance par Gérard Teboul, de sa thèse de doctorat. Depuis 1988, la seconde phrase de son propos est ainsi formulée : « *Mais, dans les faits, si, en cette matière, l'existence d'usages n'est pas douteuse, celle de*

dans le même sens. Tandis que certains, tel que le Professeur Rivero, ont pu évoquer une place « *pratiquement négligeable* » ou un rôle « *marginal, voire inexistant en droit administratif* »¹⁹⁷², d'autres comme le Doyen Vedel et le Professeur Delvolvé, ont tout simplement jugé inutile de la mentionner¹⁹⁷³. Il est possible dans ces conditions, et c'est là un juste retour de bienséance, de s'interroger sur la véritable existence d'une coutume d'inamovibilité, en faveur des membres du Conseil d'Etat. Qui ne se souvient en effet, et Gérard Teboul le rappelait encore dans sa thèse, du propos de du Professeur Waline : « *...il ne faut pas oublier que tout (le débat autour de la coutume) ne vise qu'à trancher une question de terminologie. On veut définir la coutume. Certains proposent d'appeler ainsi le droit non écrit. C'est oublier le précepte trivial, mais plein de bon sens de La Bruyère : « Vous voulez m'apprendre qu'il pleut ou qu'il neige ? Dites : il pleut, il neige ». Vous voulez désigner les sources non écrites du droit ? Dites : le droit non écrit* »¹⁹⁷⁴.

La coutume est susceptible de se concevoir, en vertu d'une source que ne méconnaît pas le droit administratif français, en l'occurrence le Statut de la Cour internationale de justice, comme : la « *preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit* » (article 38). Cette définition de la coutume internationale qui, d'après le Commissaire du gouvernement Bachelier dans ses conclusions sur l'arrêt « *Aquarone* » du 6 juin 1997, « *rejoint celle généralement admise par la doctrine* »¹⁹⁷⁵, rejoint tout autant celle donnée par cette même doctrine, de la coutume en droit interne. La reconnaissance de la coutume suppose en toute hypothèse, la réunion de deux éléments complémentaires. Il s'agit d'abord d'un élément objectif, consistant en l'existence d'un usage, puis d'un élément subjectif, résidant dans la conviction du caractère obligatoire de cet usage. Au-delà et de manière distincte de la coutume traditionnelle, la doctrine constitutionnelle a progressivement admis l'existence de « *conventions de la Constitution* »¹⁹⁷⁶. Celles-ci peuvent être envisagées comme : « *un ensemble de pratique (résultant) de*

coutumes est plus problématique ». Voir le même manuel : 4^e éd., 1988, p. 22, n° 44 ; 15^e éd., 2001, p. 28, n° 46.

¹⁹⁷² J. Rivero, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, Paris, 9^e éd., 1980, p. 73 ; A. Demichel, *Droit administratif : essai de réflexion théorique*, LGDJ, Paris, 1978, p. 87.

¹⁹⁷³ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, Thémis, Paris, 7^e éd, 1980.

¹⁹⁷⁴ M. Waline, *L'individualisme et le droit*, Domat-Montchrestien, Paris, 2^e éd., 1949, p. 289. Cité in G. Teboul, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹⁷⁵ G. Bachelier, *La place de la coutume internationale en droit interne français. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 6 juin 1997, M. Aquarone*, RFDA, septembre-octobre 1997, p. 1073.

¹⁹⁷⁶ Pour les précurseurs au Royaume-Uni et en France : A. V. Dicey, *An introduction to the study of the Law of the Constitution*, Mac Millan, London, 1st ed., 1885 ; P. Avril, *Les conventions de la Constitution : normes non écrites du droit politique*, PUF, Léviathan, Paris, 1997, 202 p.

précédents, d'usages, d'accords informels considérés comme obligatoires...qui règlent le comportement et le devoir des pouvoirs publics»¹⁹⁷⁷. Sachant que l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat résulte d'une retenue du Pouvoir politique, il serait concevable de rechercher dans cette dernière construction juridique, un palliatif à une éventuelle impossibilité de confirmer leur inamovibilité coutumière. Or, tel semble bien être le cas. Si le second critère distinctif de la coutume semble faire défaut à cette inamovibilité de fait, celle-ci paraît en revanche traduire une réalité proche de celle des conventions de la Constitution.

525. L'élément objectif de la coutume repose, ainsi que cela a été souligné dans le paragraphe précédent, sur la présence d'un usage. Selon Félicien Lemaire, celui-ci revêt un caractère matériel, en ce qu'il exige une : « *pratique reposant sur la répétition, la durée, la constance et la clarté* »¹⁹⁷⁸. La clarté s'entend, en premier lieu, d'un certain degré de généralité. Comme le soulignait le Doyen Carbonnier : « *la coutume, c'est ce que les autres font* »¹⁹⁷⁹. Cela suppose que l'usage fasse l'objet d'un consensus suffisant au sein de la communauté concernée, et qu'il se soit en conséquence « *formé et maintenu* », selon les termes du Professeur Gény : « *sans contradiction sérieuse de ceux qui auraient eu intérêt à le contester* »¹⁹⁸⁰. La constance et la répétition méritent, en second lieu, d'être appréhendées ensemble, dans la mesure où l'utilité de la seconde est conditionnée par le respect de la première. D'après la définition donnée par François Gény, un usage est constant à compter du moment où, « *sans être absolument ininterrompu par des omissions et des faits contraires* », il est « *assez régulièrement suivi* »¹⁹⁸¹. Deux cas de figure doivent alors être distingués, suivant que la pratique considérée revêt un caractère positif ou négatif. Dès lors que cette pratique consiste en une action, il importe qu'elle se répète dans le temps pour fixer la coutume, mais également que cette répétition soit constante. L'impératif de répétition qui prévaut ici, a été dégagé y compris dans la jurisprudence administrative¹⁹⁸². En revanche, lorsque cette pratique réside dans une abstention, la constance se révèle suffisante.

¹⁹⁷⁷ Y. Mény, *Les conventions de la Constitution*, Revue Pouvoirs, n° 50, 1989, p. 54.

¹⁹⁷⁸ F. Lemaire, *Les conventions de la Constitution dans le système juridique français*, RFDC, n° 35, 1998, p. 463.

¹⁹⁷⁹ J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, PUF, Thémis, Paris, 26^e éd., 1999, p. 27.

¹⁹⁸⁰ F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 1^{er}, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1954, p. 358.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 358.

¹⁹⁸² CE, arrêt du 15 mai 1857, « Robert », Rec. p. 406. Cité par G. Teboul, *op. cit.*, pp. 36-37.

La durée ou l'ancienneté apparaît, en dernier lieu, comme un critère à géométrie variable. A défaut de texte général déterminant son *quantum*¹⁹⁸³, il convient *a priori* de se reporter aux travaux du juge. Or trois logiques semblent ici s'opposer. Une première, consisterait en l'exigence d'une pratique « *immémoriale* ». Ce dernier terme n'est ainsi inconnu, ni du juge britannique, ni du juge français. Mais dans le premier cas, le recours à l'idée d'une « *coutume générale immémoriale du royaume* », s'est en partie révélé un moyen « *de justifier, sinon de déguiser* » le pouvoir créateur du juge¹⁹⁸⁴. Dans le second cas, la référence à un usage « *immémorial* » ressort moins d'une nécessité jurisprudentielle, que du constat d'espèce suivant lequel : « *nul ne sait, de mémoire d'homme, quand l'usage a commencé à se former* »¹⁹⁸⁵. Une seconde logique, impliquerait le respect d'un délai préfix. C'est ainsi que sous l'influence de la doctrine canoniste, un minimum de quarante années avait pu être requis dans l'Ancien droit français, pour voir une pratique acquérir le caractère d'un usage¹⁹⁸⁶. Mais là encore, si le juge contemporain se réfère parfois à des durées précises dans ses jugements ou arrêts, celles-ci sont fonctions de l'espèce en cause¹⁹⁸⁷. Une dernière logique, celle qui prévaut en fin de compte, réside dans l'adoption d'une lecture pragmatique de la notion de durée. Comme l'écrivait le Doyen Carbonnier : « *la force de la coutume ne vient pas de ce que les hommes qui y sont soumis ignorent son origine* »¹⁹⁸⁸. Sa force ne lui vient sans doute pas non plus, en sens inverse, de la simple addition arithmétique des années écoulées depuis son apparition présumée. L'interprétation adoptée par Gérard Teboul, consistant à apprécier la durée de manière *in concreto*, à l'aune de l'exigence de constance, apparaît dès lors pleinement justifiée. Selon lui : « *Pour qu'un usage soit constant, il faut...qu'il ait été répété et pratiqué sans interruption ou presque ; or, pour qu'il y ait répétition et pratique sans interruption, il faut un minimum de temps, il faut que la pratique ait eu le temps de prendre corps. Un peu d'ancienneté est donc nécessaire* »¹⁹⁸⁹.

¹⁹⁸³ F. Gény, *op. cit.*, p. 359.

¹⁹⁸⁴ X. Blanc-Jouvan, *La place de la coutume dans les systèmes de Common Law*, in G. Paisant (dir.), *De la place de la coutume dans l'ordre juridique haïtien. Bilan et perspectives à la lumière du droit comparé*, Actes du colloque de Grenoble des 29 et 30 novembre 2001, PUG, Grenoble, 2002, p. 128.

¹⁹⁸⁵ Voir les développements de G. Teboul sur le sujet : *op. cit.*, p. 31-32.

¹⁹⁸⁶ G. Paisant, *Rapport introductif*, in G. Paisant (dir.), *De la place de la coutume...*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁸⁷ Voir les développements de G. Teboul sur le sujet : *op. cit.*, p. 32-33.

¹⁹⁸⁸ J. Carbonnier, *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁹⁸⁹ G. Teboul, *op. cit.*, p. 42.

Au regard de ces précisions, l'analyse du respect de l'élément objectif de la coutume par l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat, conduit à prendre un chemin inverse de celui emprunté dans les deux derniers paragraphes. S'agissant de l'ancienneté, les auteurs les plus avertis font remonter à 1879, le point de départ de l'inamovibilité « coutumière ». Le Conseiller Puget écrivait ainsi, en 1949 : « *Sous la Troisième République, après le Seize Mai, le Conseil d'Etat élu par l'Assemblée nationale conservatrice subit dans son personnel d'assez sérieux remaniements. Depuis lors, l'inamovibilité a eu le caractère de règle coutumière ; la Troisième République affermie et la Quatrième, après la crise de l'épuration, n'y ont pas porté atteinte* »¹⁹⁹⁰. Concernant ensuite la répétition, son existence n'a pas à être recherchée, puisque l'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat résulte de l'inutilisation par le Pouvoir politique, de sa compétence disciplinaire. Il convient dès lors de vérifier si cette abstention a revêtu une constance suffisante, au cours de la période qui s'est écoulée depuis 1879. Or, force est de constater que pendant ces cent trente ans, la seule interruption importante qu'ait connue cette pratique, concerne les cinq années comprises entre 1940 et 1945. Les travaux historiques dirigés par le Conseiller d'Etat Fougère, ont fait état en ce sens, de dix-sept éliminations sous le Régime de Vichy, pour des raisons tenant aussi bien aux origines qu'aux convictions politiques des intéressés¹⁹⁹¹. La même étude indique de la même façon, que 20% des effectifs du Conseil ont été sanctionnés lors de l'Épuration, pour des faits de collaboration¹⁹⁹². Mais d'après le Professeur Kessler : « *ces cas extrêmes ne peuvent cependant être considérés comme des atteintes caractéristiques de l'inamovibilité* », dans la mesure où : « *Les périodes politiques troublées qui les ont provoqués ont eu les mêmes répercussions sur la magistrature dont l'inamovibilité est pourtant garantie par les textes. Ces épurations sont dues au contexte politique*

¹⁹⁹⁰ H. Puget, *op. cit.*, p. 117

¹⁹⁹¹ Du fait de leurs « *origines israélites* », quatre conseillers furent « *admis à faire valoir leurs droits à la retraite* », un maître des requêtes fut nommé conseiller honoraire, et quatre auditeurs furent désignés maîtres des requêtes honoraires, en application des lois « *raciales* » du 27 juillet 1940. De la même façon, cinq conseillers d'Etat furent écartés pour des motifs d'ordre politique. Voir : CNRS, *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 794. Si tous les membres éliminés furent réintégrés en 1944, du moins moralement, deux membres du Conseil d'Etat seraient toutefois décédés en déportation (le Président de section Jacques Helbronner, et le Conseiller d'Etat Pierre Lévy), et un autre dans ses activités de résistance (Pierre Pontremoli). Voir : P. Birnbaum, *The Jews of the Republic – A political history of State Jews in France from Gambetta to Vichy*, Stanford University Press, Stanford studies in Jewish history and culture, California, 1996, p. 360.

¹⁹⁹² Les sanctions furent prononcées par la Commission d'épuration, créée à la Libération par un arrêté du 6 octobre 1944, en application de l'ordonnance du 27 juin 1944 sur l'épuration administrative. Ainsi, le Vice-président Alfred Porché fut admis à faire valoir ses droits à la retraite, vingt conseillers, maîtres des requêtes et auditeurs furent révoqués sans pension, cinq membres du Conseil furent mis à la retraite d'office, un membre fut mis en disponibilité pour trois ans, et six blâmes furent prononcés. Voir : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 824-825.

exceptionnel »¹⁹⁹³. Il faudrait alors estimer, à en croire une grande majorité de la doctrine, que la seule hypothèse d'une violation de l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat après 1879, se résumerait à la révocation du maître des requêtes Jacomet en 1960¹⁹⁹⁴. Dans ces conditions, il est certain que l'exigence de constance de la pratique, se trouverait pleinement respectée. Ce seul cas d'éviction, que certains ne manqueront pas de vouloir replacer dans un « *contexte politique exceptionnel* », celui de la Guerre d'Algérie, semble enfin plaider en faveur de la clarté de l'usage. Le critère matériel de la coutume paraissant dès lors rempli, il appartient donc de rechercher par suite, la présence du second élément.

526. La qualification de la coutume repose effectivement en deuxième lieu, sur la prise en considération d'un élément subjectif ou psychologique. Selon le Doyen Carbonnier, celui-ci consiste dans : « *la persuasion, chez les intéressés, qu'ils sont obligés, et obligés par le droit, d'agir comme ils font (opinio necessitatis ou opinio juris), comme le font les autres (communio juris)* »¹⁹⁹⁵. L'existence et la reconnaissance de cet élément, impliquent néanmoins plus précisément, de s'interroger sur l'origine et la preuve de la coutume. S'agissant du premier point, l'idée est communément défendue d'un droit procédant de la volonté populaire. Les pères de l'Ecole juridique d'Orléans, Jacques de Révigny et Pierre de Belleperche, la présentaient déjà au XIIIe siècle, comme un droit : « *constitué à partir des mœurs ou des usages du peuple* », ou dont la : « *cause proche...est le tacite consentement du peuple qui se manifeste par l'usage et les mœurs* »¹⁹⁹⁶. Les représentants de la doctrine contemporaine, ne se sont pas départis de cette conception. Alphonse Boistel évoquait ainsi un droit issu : « *directement des entrailles de la Nation* », et René Capitant un droit jailli : « *directement de la source nationale* »¹⁹⁹⁷. De la même façon, Marcel Waline présentait la coutume comme : « *un produit spontané du consensus social* », et François Olivier-Martin en faisait un : « *usage juridique de*

¹⁹⁹³ M.-C. Kessler, *op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁹⁴ Par exemple : H. Le Berre, *Droit du contentieux administratif*, Ellipses, Universités, Paris, 2002, p. 43 ; R. Perrot, *op. cit.*, 12^e éd., 2006, pp. 417-418 ; R. Chapus, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, 13^e éd., 2008, p. 55.

¹⁹⁹⁵ J. Carbonnier, *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁹⁹⁶ Cités par J.-M. Charbasse, *Coutumes françaises*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, 1^{ère} éd., 2003, p. 326.

¹⁹⁹⁷ A. Boistel, *Cours de philosophie du droit professé à la Faculté de droit de Paris*, t. 2, A. Fontemoing, Paris, 1899, p. 413 ; R. Capitant, *Le droit constitutionnel non écrit*, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. 3, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 8.

formation spontanée, acceptée par tout le groupe social intéressé »¹⁹⁹⁸. Par voie d'extension, il est possible d'envisager la coutume comme un droit sécrété par ceux qui, dans un ordre juridique donné, sont traditionnellement envisagés comme de simples sujets de droit. C'est ainsi que la coutume internationale est le fruit d'une certaine pratique des Etats, au sein de l'ordre juridique international. Il est alors juste de définir la coutume comme : « *un droit non étatique, ou pré-étatique ; un droit qui trouve son origine dans le corps social et non dans la volonté de la puissance publique ; un droit qui échappe ainsi, du moins dans son principe, à l'emprise de l'Etat* »¹⁹⁹⁹. Pour autant, elle n'est pas dépourvue de tout lien avec l'Etat, puisqu'elle vient régir au final, « *les rapports réciproques entre les pouvoirs publics et le peuple* »²⁰⁰⁰. Mais le processus est ici inverse de celui du droit positif, conçu comme ce qui est : « *positivement posé et sanctionné par les organes de l'Etat* »²⁰⁰¹. La coutume revêt effectivement un caractère vertical ascendant, en ce qu'elle apparaît comme un consensus venu de la base, en quête d'une sanction explicite ou implicite du Pouvoir. L'existence de l'élément psychologique et de la coutume, précède donc la reconnaissance de cette dernière.

Concernant le second point, à savoir la preuve de la coutume, son importance est d'autant plus grande que l'élément subjectif : « *élément immatériel, n'est pas susceptible d'être prouvé de façon incontestable* »²⁰⁰². Cette preuve ressort presque exclusivement de la reconnaissance jurisprudentielle. Le juge britannique s'est ainsi érigé en gardien de la coutume, à compter du XII^e siècle, par le recours à la technique du précédent judiciaire²⁰⁰³. Dans une moindre mesure, il en est allé de même dans l'Ancien droit français. Le juge était non seulement compétent pour constater l'existence de la coutume nouvelle, mais aussi pour attester la notoriété et appliquer la coutume sanctionnée. D'ailleurs, en dépit de l'obligation qui fut faite à partir du XV^e siècle, de rédiger l'ensemble des coutumes du royaume, le juge devait conserver l'exorbitant pouvoir d'enregistrer les textes royaux de compilation et de

¹⁹⁹⁸ M. Waline, *L'individualisme et le droit*, Domat-Montchrestien, Paris, 1^{ère} éd., 1945, 427 p. ; F. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, 3 vol., E. Leroux, Paris, 1922-1930.

¹⁹⁹⁹ J.-M. Charbasse, *op. cit.*, p. 326.

²⁰⁰⁰ F. Lemaire, *op. cit.*, p. 467.

²⁰⁰¹ D. Rousseau, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, 8^e éd., 2008, p. 102.

²⁰⁰² G. Teboul, *op. cit.*, p. 11. L'auteur n'hésite pas à citer à l'appui de son propos, l'opinion d'Hans Kelsen : *Théorie du droit international coutumier*, Revue internationale de la théorie du droit, n° 4, 1939, pp. 264-265.

²⁰⁰³ X. Blanc-Jouvan, *op. cit.*, pp. 127-128.

codification²⁰⁰⁴. La période contemporaine ne s'est pas traduite par un amoindrissement du rôle du juge, et la reconnaissance de la coutume continue à relever de sa compétence, aussi bien en droit français²⁰⁰⁵, qu'en droit international et comparé²⁰⁰⁶. Dans ces conditions, la jurisprudence apparaît bien, selon les termes employés par Gérard Teboul, comme un « *mode de repérage du droit coutumier* »²⁰⁰⁷. La mention d'une coutume dans une décision de justice revêtue de l'autorité définitive de la chose jugée, suffit *a priori* à dissiper les doutes sur la présence de l'élément psychologique. Son existence est présumée, et cette présomption apparaît même irréfragable lorsque la décision se révèle insusceptible de recours.

A la lecture de ces indications, l'examen du respect de l'élément matériel par l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat, conduit, ici encore, à adopter un cheminement inverse de celui choisi dans les paragraphes précédents. Il convient en effet de remarquer, tout d'abord, l'absence de reconnaissance juridictionnelle d'une telle coutume. Le Conseil d'Etat ne s'est d'ailleurs, le premier, jamais référé dans ses arrêts, à une inamovibilité « *coutumière* » de ses membres. De manière rétrospective, il faut sans doute regretter que la Haute juridiction n'ait pas mis à contribution à cet effet, l'affaire « *Jacomet* ». Le maître des requêtes avait pourtant exercé un recours devant le Conseil au lendemain de sa révocation en 1960. Mais après avoir été réintégré dans ses fonctions huit ans plus tard, il devait finalement se désister ; renonciation dont s'est contenté de prendre acte le juge, dans un arrêt du 8 janvier 1969²⁰⁰⁸. Cette lacune n'a malheureusement été palliée, ni par le Conseil constitutionnel, ni par la Cour européenne des droits de l'homme. Or, force est de rappeler que cette seconde juridiction aurait pu en avoir l'occasion, dans son arrêt « *Société Sacilor-Lormines c/ France* » du 9 novembre 2006. Amenée à connaître de l'indépendance des membres du Conseil d'Etat, celle-ci s'est toutefois limitée au constat d'une « *pratique* » révélant la « *reconnaissance* » d'une inamovibilité « *de fait* »²⁰⁰⁹. S'agissant ensuite de la sécrétion populaire d'une telle coutume, des

²⁰⁰⁴ M. Merlin, *Coutumes*, Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux, t. 2, Garnery librairie, Paris, 4^e éd., 1877, p. 471 ; A. Carpentier, G. Frérejouan du Saint, *Coutume*, Répertoire général alphabétique du droit français, t. XV, L. Larose librairie, Paris, 1896, p. 732.

²⁰⁰⁵ G. Teboul, *op. cit.*, pp. 12-16.

²⁰⁰⁶ Voir pour illustration, les conclusions de G. Bachelier sur l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat, « *Aquarone* », du 6 juin 1997, in *op. cit.*, pp. 1068-1081.

²⁰⁰⁷ G. Teboul, *op. cit.*, p. 14.

²⁰⁰⁸ CE, arrêt du 8 janvier 1969, « *M. Jacomet* », Rec. p. 11.

²⁰⁰⁹ CEDH, arrêt du 9 novembre 2006, « *Société Sacilor-Lormines* », Req. n° 65411/01, § 67.

réserves méritent également d'être formulées. Il convient de souligner que, ni le peuple, ni la Nation, ni aucune population n'est à l'origine de cette inamovibilité coutumière des membres du Conseil d'Etat. Elle est *a priori*, uniquement le fruit des relations entre deux pouvoirs publics que sont, d'une part le Conseil d'Etat, et, d'autre part le Pouvoir politique. Cela est particulièrement vrai concernant le choix de l'Exécutif de ne pas recourir à son pouvoir de sanction. Cette abstention est susceptible de s'analyser en tant que telle, comme une norme non écrite de caractère unilatéral et vertical descendant. En revanche, la règle de l'avancement à l'ancienneté recouvre une situation plus complexe. Son apparition puis sa pérennisation, ont certainement impliqué l'existence d'un consensus suffisant au sein d'un groupe social donné : le corps des membres du Conseil d'Etat. Dans ce « *corps dont le nombre des membres est relativement restreint* », elle exprime à la fois un certain sentiment de camaraderie, et un souci de faire cohabiter paisiblement des personnalités dotées d'un fort égo personnel²⁰¹⁰. Cette règle pourrait donc être envisagée comme une norme de nature verticale ascendante, ce qui la rapprocherait de la coutume. Cependant, il ne faut pas oublier qu'elle n'aurait pu s'établir, en l'absence d'une retenue préalable du Pouvoir politique. C'est bien parce que ce dernier a choisi de ne pas exercer la compétence qu'il tient des textes, que l'avancement à l'ancienneté a réussi à prospérer depuis la Première Guerre mondiale. Dans ces circonstances, le critère matériel de la coutume paraît donc faire défaut, et il convient alors de s'interroger sur l'existence d'une construction juridique proche des « *conventions de la Constitution* ».

527. La doctrine constitutionnelle française faisait déjà état, dans les dernières années de la III^{ème} République, de l'existence à côté de la coutume, d'autres constructions normatives appartenant au droit non écrit. Ainsi, s'inspirant du système constitutionnel et de la doctrine britanniques, le Professeur Capitant jugeait dès 1934, que : « *Des règles nouvelles peuvent surgir dans le droit positif, qui loin d'être issues de ce long travail d'élaboration qui donne naissance à la coutume, renversent au contraire les conceptions admises, marquent une brusque rupture dans l'évolution sociale et annoncent des mœurs nouvelles* »²⁰¹¹. Il s'agissait en l'occurrence, des « *conventions de la Constitution* ». Celles-ci peuvent être définies comme : une entente des pouvoirs publics « *sur une lecture déterminée du dispositif constitutionnel* », résultant le plus souvent d'un « *accord non formel* », et dont ils « *infèrent, dans l'usage de leurs prérogatives, une conduite constitutionnelle qu'ils*

²⁰¹⁰ Voir par exemple : R. Perrot, *op. cit.*, 12^e éd., 2006, p. 312. A propos du tableau d'avancement, l'auteur écrit que s'agissant de ce corps aux dimensions restreintes, son établissement : « *n'aurait guère de sens, et prendrait même une allure déplaisante* ».

²⁰¹¹ R. Capitant, *Le droit constitutionnel non écrit, op. cit.*, p. 2.

jugent obligatoire pour eux-mêmes »²⁰¹². L'un des intérêts de cette catégorie normative, par rapport à la coutume, réside dans la simplicité de ses conditions de formation. Sur le plan de l'élément subjectif, tout d'abord, elle n'implique pas les mêmes exigences d'origine et de preuve. Cette dernière notamment, ne repose pas sur la reconnaissance de la convention par le juge. Le respect d'une telle obligation s'avérerait sans doute difficile, dans la mesure où elles naissent pour partie, dans des domaines peu ouverts au contrôle juridictionnel²⁰¹³. De la même façon, la convention ne trouve pas son origine dans le peuple ou les sujets de droit, mais dans les pouvoirs publics. Elle naît des rapports personnels entre ces derniers, sans que soit nécessairement prise en considération l'opinion ou l'approbation de la base. Comme son nom l'indique, la convention prend la forme d'un accord de volonté bilatéral ou multilatéral entre les pouvoirs publics intéressés, sur la manière de concevoir leurs relations mutuelles, de régler leur conduite, ou encore plus largement, d'entreprendre le fonctionnement des institutions. Son caractère le plus souvent tacite, tend d'ailleurs à renforcer son aspect exclusif en la rendant, du moins dans l'immédiat, indolore aux yeux du public.

Concernant ensuite l'élément objectif, les exigences requises pour les conventions de la Constitution, se révèlent également moins rigoureuses que pour la coutume. Le Professeur Mény n'a pas manqué de le relever, écrivant que : « *La coutume exige une répétition, une durée qui ne sont pas nécessaires à la Convention. Ce qui est au contraire déterminant c'est l'accord, le consensus sur des pratiques qui s'appliquent en complément ou en marge du texte pour l'éclairer, le modifier ou le contredire* »²⁰¹⁴. De là à affirmer que le critère matériel a été dépassé par l'élément psychologique, au point d'être rendu superfétatoire, il n'y a qu'un pas. L'exigence de clarté ou de généralité semble néanmoins toujours requise. L'auteur le rappelait d'ailleurs lui-même, à l'occasion du même article : « *La pluralité des acteurs des conventions est une condition nécessaire... Il faut un consentement explicite ou tacite du plus grand nombre des parties concernées, sans que l'unanimité soit exigée ou indispensable* »²⁰¹⁵. Mais au-delà, deux situations méritent d'être distinguées. Lorsque d'une part, la convention consiste en une action, les autres critères

²⁰¹² F. Lemaire, *Les conventions de la Constitution dans le système juridique français*, RFDC, n° 35, 1998, p. 470. Voir également sur le sujet : G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. 4, LGDJ, Paris, 3^e éd., 1983, pp. 15-19, 26-38, et 262-270 ; Y. Mény, *Les conventions de la Constitution*, Revue Pouvoirs, n° 50, 1989, pp. 53-68.

²⁰¹³ Voir pour le Royaume-Uni : X. Blanc-Jouvan, *op. cit.*, p. 139. Cette réalité vaut sans doute dans une moindre en France, en raison du rôle joué par le Conseil d'Etat dès le XIX^e siècle, et le Conseil constitutionnel depuis 1958.

²⁰¹⁴ Y. Mény, *Les conventions de la Constitution*, *op. cit.*, p. 55.

²⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 60.

paraissent revêtir un intérêt secondaire. Le référendum du 28 octobre 1962, relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel, en est une bonne illustration. La procédure législative prévue par l'article 11 de la Constitution du 4 octobre 1958, fut alors volontairement détournée par le chef de l'Etat, afin de permettre une révision constitutionnelle. Comme devait le relever par la suite le Doyen Vedel : « *les électeurs ont été irrégulièrement consultés, mais ils ont voté librement et en pleine lumière* ». La participation est ainsi venue donner naissance à une convention de la Constitution, aujourd'hui disparue²⁰¹⁶, entre deux pouvoirs publics, à savoir le Président de la République et le peuple visé à l'article 3 de la Constitution. Dès lors que l'élément subjectif existe, une pratique unique paraît suffire, la répétition, la constance et la durée ayant uniquement pour objet de conforter celui-ci²⁰¹⁷. La perspective devrait en revanche être renversée et rapprochée de celle de la coutume, lorsque d'autre part, la convention consiste en une abstention. A l'exception de la répétition, la constance et la durée paraissent à nouveau s'imposer. Le Professeur Burdeau le relevait indirectement, à propos du système britannique : « *l'accord...entre le gouvernement et l'opposition...ne prend pas sa signification au moment où il se forme ; elle n'apparaît qu'ultérieurement lorsque à propos d'une controverse sur l'attitude gouvernementale, le cabinet ou l'opposition, pour étayer leur thèse, feront état de l'accord antérieurement intervenu* », avant de conclure de manière plus explicite : « *Donc, au moment où la convention fera figure de règle du jeu politique, elle aura déjà pour elle l'ancienneté d'une pratique incontestée* »²⁰¹⁸.

²⁰¹⁶ Prolongeant en cela la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel sur le contrôle des lois référendaires de l'article 11, le Pouvoir constituant a, lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, complété l'article 61 alinéa 1^{er} de la Constitution, pour prévoir que : « *les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises à référendum,...doivent être soumises(es) au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution* ».

²⁰¹⁷ En 1968, le Doyen Vedel écrivait à propos de la participation du peuple à ce référendum : « *Il est tout de même difficile de ne pas retrouver là cette opinio juris ou, si l'on préfère, ce consensus qui est le véritable fondement de la coutume, et dont la pratique n'est en fin de compte que l'expression* ». Voir : *Le droit par la coutume*, Le Monde, 22-23 décembre 1968, p. 7. L'année suivante, en 1963, Léo Hamon écrivait mieux encore : « *le fait de l'usage direct d'un recours au référendum en matière constitutionnelle, la décision d'incompétence du Conseil constitutionnel et la promulgation, par le président de la République, de la loi adoptée par référendum aboutissent par leur rapprochement même à fixer l'interprétation de la Constitution de 1958 dans une coutume que désormais la doctrine et la pratique doivent reconnaître* ». Voir : Dalloz, Paris, 1963, p. 398. Le recours à la notion de « *coutume* » par les deux auteurs, est toutefois inapproprié. Si dans sa décision du 6 novembre 1962, le Conseil constitutionnel avait semblé exclure le peuple des pouvoirs publics, en évoquant : « *l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* », il s'est en revanche référé dans sa décision du 23 septembre 1992, à : « *l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution* ». Voir : CC, décisions n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, cons. 2, et n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, cons. 2.

²⁰¹⁸ G. Burdeau, *op. cit.*, p. 37.

A la lumière de ces données, l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat semble entretenir avec les conventions de la Constitution, un lien plus étroit qu'avec la coutume. Cette position ressort tout particulièrement de l'étude du critère psychologique. La preuve de cette garantie, notamment, n'est pas le fait de la jurisprudence. Elle résulte pour l'essentiel de l'œuvre doctrinale, comme c'est le cas pour une grande partie des conventions de la Constitution. En outre, cette inamovibilité n'a pas pour source, le peuple ou les sujets de droit, mais les relations entre les pouvoirs publics. Elle se présente plus précisément, comme le fruit d'un accord tacite entre le Pouvoir politique et le Conseil d'Etat. L'idée d'« accord » paraît ici plus adaptée que celle d'« acte unilatéral » évoquée précédemment, dans la mesure où il semble difficile de concevoir l'abstention du Pouvoir dans l'exercice de ses compétences disciplinaire et de gestionnaire de carrières, comme l'expression d'une bienveillance gratuite. Il est plus juste de l'envisager comme la contrepartie de services rendus par le Conseil d'Etat, même inconsciemment, dans l'accomplissement de ses fonctions consultatives et juridictionnelles. C'est ainsi que pour les premières attributions, il convient notamment de mentionner le haut degré de compétence et de technicité de l'institution, qui s'est révélé en matière contentieuse, un soutien précieux dans la traduction normative des politiques menées par les régimes et gouvernements successifs. De la même façon, la tempérance dont a su faire preuve le Conseil d'Etat statuant au contentieux, au regard du souvenir des parlements d'Ancien Régime, a sans doute justifié des concessions en faveur d'une juridiction si longtemps contestée par les tenants de l'unité de juridictions.

2°) Une convention de la Constitution proche d'une coutume

528. L'établissement d'une proximité entre l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat et les conventions de la Constitution, resterait insuffisant, faute d'être suivi d'un questionnement sur la valeur juridique d'une telle garantie. Ainsi que cela a déjà été dit, des représentants éminents de la doctrine publique et privée, ont pu évoquer une protection ayant « *autant de force, sinon plus, qu'une disposition législative* », voire plus généralement, qu'un « *texte positif* »²⁰¹⁹. Le Professeur Chapus lui-même, pourtant sceptique sur l'idée de coutume en droit administratif, a rendu un hommage à l'existence d'une : « *tradition telle qu'elle est plus protectrice que ne le seraient les meilleurs textes* »²⁰²⁰. Cependant, si cette opinion venue d'une personnalité regardée comme un des maîtres du positivisme administratif, correspond peut-être à une réalité de fait, il n'est pas certain qu'elle

²⁰¹⁹ R. Perrot, *op. cit.*, 12^e éd., 2006, p. 303 ; J.-M. Auby, R. Drago, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 1962, p. 169, 2^e éd., 1975, p. 187, 3^e éd., 1984, p. 252.

²⁰²⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat Droit public, Paris, 1^{ère} éd., 1982, p. 4.

constitue une vérité de droit. La similitude entre cette garantie et les conventions de la Constitution, rend « tout à fait problématique » l'affirmation de sa juridicité et de sa valeur juridique. Elle semble non seulement bénéficier d'une juridicité particulière, sanctionnée par des moyens non juridictionnels, mais également posséder une valeur juridique spécifique, rejoignant celle de la coutume en droit interne.

529. Comme cela a été précisé lors de développements précédents, les conventions de la Constitution se caractérisent par l'absence de sanction juridictionnelle. Il s'agit là d'un des principaux traits distinctifs, d'avec la coutume. Les Professeurs Hamon et Troper l'ont parfaitement relevé, soulignant que la différence entre les deux normes : « *réside dans le fait qu'une coutume peut-être constatée et sanctionnée par les tribunaux, tandis qu'une convention ne peut pas l'être* ». Or, les deux auteurs prennent immédiatement soin d'ajouter que ces conventions posent dès lors : « *un problème théorique difficile, au regard des conceptions dominantes sur la juridicité* », dans la mesure où : « *On estime qu'une règle juridique est une règle dont la violation est sanctionnée* »²⁰²¹. Cette approche n'est pas nouvelle et, en 1885, le britannique Albert Venn Dicey déniait déjà tout caractère juridique aux conventions de la Constitution. Pour le précurseur de la notion, faute d'être « *sanctionnées par les tribunaux* », celles-ci devaient uniquement être conçues comme : « *des maximes ou pratiques qui, quoique pouvant servir de règles de conduite ordinaire à la Couronne, aux ministres et aux autres personnes soumises à la Constitution, ne sont pas strictement des lois* »²⁰²². Le fondateur de l'École française d'Aix-en-Provence, le Doyen Favoreu, ne se prononçait pas autrement cent-quinze ans plus tard. Selon lui, les conventions ne peuvent : « *revendiquer un quelconque statut de droit constitutionnel formel... Il ne sert à rien de dire qu'il s'agit de règles juridiques qui ne seraient simplement pas invocables devant un juge, car des règles qui ne sont pas invocables devant un organe qui doit appliquer des normes juridiques ne sont pas des règles juridiques mais relèvent éventuellement d'autres systèmes normatifs (bonnes mœurs, code de bonne conduite en société ou dans le monde politique, morale etc.)* »²⁰²³.

Le refus d'accorder toute juridicité aux conventions de la Constitution, du fait de l'absence de sanction juridictionnelle, apparaît néanmoins critiquable à deux égards. En premier lieu, il conduit à nier la spécificité de ces conventions vis-à-vis de

²⁰²¹ F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Manuel, Paris, 30^e éd., 2007, p. 214.

²⁰²² A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, trad. A. Batut et G. Jèze, éd. Giard et Brière, Paris, 1902, p. 22.

²⁰²³ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scofoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, Paris, 2^e éd., 1999, n° 108.

la coutume, qui est justement de ne pas impliquer l'intervention du juge pour assurer leur reconnaissance. Il convient sans doute alors d'expliquer cette position doctrinale, sur la base d'une analogie erronée avec le débat visant les autres composantes du droit non-écrit. Il existe en effet une controverse séculaire, sur le fait de savoir si le juge révèle ou crée ce droit. Cette discussion affecte ainsi cet idéal : d'une coutume « constatée »²⁰²⁴, dans le droit en général ; de principes généraux du droit « recueillis »²⁰²⁵, en droit administratif ; ou encore de principes constitutionnels « déduits »²⁰²⁶, en droit constitutionnel. Or, l'image d'un juge créateur s'est vue confortée par le soutien d'auteurs éminents, tel qu'un Professeur Eisenmann, pour qui il conviendrait de retenir : « essentiellement que l'intervention du juge est nécessaire, indispensable, pour rendre une coutume obligatoire, c'est-à-dire pour faire apparaître une règle coutumière »²⁰²⁷. Ce refus suppose en second lieu d'être relativisé, en ce qu'il opère une confusion abusive entre les notions de droit et de sanction juridictionnelle. Le Professeur Lévy relevait déjà ce phénomène en 1975, en expliquant que : « Dans la plupart des branches du droit, ce sont les juridictions qui décident si une règle doit être suivie ou non, et il y a pour le juriste la tentation d'identifier droit positif et droit sanctionné par les tribunaux »²⁰²⁸. Or, la transposition de cette approche au droit constitutionnel, ne va pas sans poser certaines difficultés. Plus précisément, en ce qu'elle conduit à envisager ce droit comme : « le droit de la Constitution sanctionné par un juge »²⁰²⁹, elle emporte deux conséquences préjudiciables pour celui-ci. Il ressort d'une part, particulièrement circonscrit dans son étendue, sachant que, comme le révèle l'étude de la discipline : « des pans entiers des rapports institutionnels échappent encore à la compétence des juridictions »²⁰³⁰. Il se trouve d'autre part, résumé à sa propre garantie, puisque la sanction juridictionnelle a justement vocation, dans la plupart des disciplines juridiques, à préserver le droit contre les violations. Le contentieux, n'est pas le droit,

²⁰²⁴ G. Teboul, *op. cit.*, pp. 12-15.

²⁰²⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, pp. 95-96.

²⁰²⁶ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, 8^e éd., 2008, pp. 111-112

²⁰²⁷ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif (1954-1955)*, t. 1, LGDJ, Paris, 1982, p. 456.

²⁰²⁸ D. Lévy, *De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction*, Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Ed. Cujas, Paris, 1975, p. 87.

²⁰²⁹ L. Favoreu, D. Maus, *Editorial*, RFDC, n° 1, 1990, p. 3 ; L. Favoreu, *Droit de la Constitution et constitution du droit*, RFDC, n° 1, 1990, p. 72.

²⁰³⁰ F. Lemaire, *op. cit.*, p. 487. Force est d'ailleurs de constater, que l'étude du droit constitutionnel général et comparé, pendant le cursus universitaire, ne se résume pas au seul aspect contentieux.

mais « *la maladie du droit* »²⁰³¹. Ainsi que l'a résumé en conclusion, le Doyen Carbonnier : « *Le droit est infiniment plus grand que le contentieux* »²⁰³². Partant de constats analogues, certains auteurs sont même allés plus loin, en dénonçant l'amalgame existant entre le droit et la sanction en général. Les Professeurs Hamon et Troper ont ainsi rappelé, que : « *l'existence d'une sanction, peut expliquer un phénomène psychologique que les hommes se conforment à la règle ; elle n'explique pas qu'ils doivent s'y conformer. Par conséquent si les conventions ne comportent pas de sanctions, on ne saurait aussi en déduire qu'elles ne sont pas obligatoires* »²⁰³³. L'étude du régime applicable aux droits des deuxième et troisième générations, s'agissant des libertés publiques, offre d'ailleurs une bonne illustration de cette distinction. Tandis que le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires reconnaissent volontiers la juridicité de ces droits, ils se montrent en revanche beaucoup plus réservés lorsqu'il s'agit d'en sanctionner le respect²⁰³⁴. Il serait dès lors possible d'adhérer à la proposition du Professeur Avril, selon laquelle les conventions de la Constitution sont des : « *normes qui, tout autant que des dispositions de la Constitution écrite, s'imposent au comportement des acteurs, mais dont l'effectivité est exclusive de toute obligation juridique* »²⁰³⁵.

530. Quand bien même la juridicité d'un acte serait conditionnée par sa sanction, force est de penser que cette dernière n'est pas nécessairement tenue de prendre une forme juridictionnelle. C'est bien ce que semble expliquer le Professeur

²⁰³¹ Imaginant un dialogue entre Emmanuel Sieyès et Jean Rivero, sur la question de la juridicité de la coutume constitutionnelle, Bernard Chantebout justifie par la voix du second, l'envoi de Louis Favoreu au « *purgatoire* », dans les termes suivants : « *Pauvre Louis...Je n'avais cessé pourtant de le mettre en garde contre sa propension à fonder l'enseignement du droit sur l'étude du contentieux. Ce n'est pas une bonne méthode : le contentieux, c'est la maladie du droit. On ne peut enseigner le droit par l'étude systématique des actes qui le méconnaissent. Mêmes nos collègues de la Faculté de Médecine qui ont pourtant, de leur profession, une conception plus pragmatique, plus opérationnelle que la nôtre, enseignent la physiologie avant de passer aux diverses pathologies. Passe encore, à la rigueur qu'on procède ainsi pour l'enseignement du droit administratif parce que ce droit est presque entièrement d'origine jurisprudentielle. Mais pour le droit constitutionnel, vous n'y pensez pas ! Ce serait réduire cette magnifique discipline à un cours de Libertés publiques* ». Voir : *Sur la coutume. Deux contes et un proverbe*, in *Constitutions et Pouvoirs*, in Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, *Constitution et pouvoirs*, Montchrestien, coll. Les Mélanges, Paris, 2008, p. 112.

²⁰³² J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 6^e éd., 1988, p. 22.

²⁰³³ F. Hamon, M. Troper, *op. cit.*, p. 215. Voir également les développements consacrés par Félicien Lemaire, à cette question précise : *op. cit.*, pp. 489-490.

²⁰³⁴ A titre d'exemples, voir : CC, décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, dite « *OGM* » ; CE Sect., arrêt du 3 octobre 2008, « *Commune d'Annecy* », Req. n° 297931.

²⁰³⁵ P. Avril, *Application de la notion de convention de la Constitution*, in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Mélanges offerts à Jacques Velu, *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Bruylant, coll. De la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1992, p. 283.

Chantebout, lorsqu'il écrit que : « *Les lois écrites...n'ont pas d'autorité par elles-mêmes ; elles empruntent leur force à l'Etat. Leur autorité provient du fait que l'Etat, disposant seul de la police et du pouvoir de contrainte, met cette force à la disposition des juges pour les faire respecter* »²⁰³⁶. La décision d'une juridiction se révèle ainsi une simple modalité, parmi l'éventail des sanctions disponibles dans la sphère constitutionnelle. En revanche, toutes les sanctions trouveraient leur source dans la « force » étatique, consubstantielle à la souveraineté de l'Etat, et par voie d'extension, s'agissant de cette même souveraineté dans l'Etat, dans un « rapport de forces » entre les pouvoirs publics. L'idée de la sanction politique d'un acte devrait dès lors pouvoir être admise, sans que cela nuise à sa juridicité. Le Professeur Lévy opine en ce sens, lorsqu'il précise qu'une règle est telle : « *à partir du moment où les sujets de droit admettent qu'elle les lie, ou du moins que la grande majorité d'entre eux l'accepte, comme ils acceptent que soient sanctionnés ceux qui la violeraient* ». L'auteur ajoute que cette sanction, qu'elle soit juridictionnelle ou politique, consiste toujours au final, en : « *ce que les protagonistes savent qu'il ne leur est pas possible d'enfreindre la règle sans commettre une violation* »²⁰³⁷. Or, tel est bien le cas pour les conventions de la Constitution. La sanction de leur non respect par l'un des acteurs concernés, réside dans une réprobation politique dont l'intensité et l'étendue peuvent varier, suivant leur objet et le contexte politique. C'est ainsi qu'en 1958, l'édiction d'une incompatibilité entre les fonctions ministérielles et un mandat parlementaire, contrairement à une convention qui s'était « *imposée avec une telle évidence et un tel accord général* » sous les III^{ème} et IV^{ème} Républiques, « *suscita (un) scandale* »²⁰³⁸, néanmoins resté sans lendemain. A l'inverse, pour avoir dissous l'Assemblée nationale en 1955, en dépit d'une convention de la Constitution née de la crise du 16 mai 1877, Edgar Faure fut exclu du Parti radical-socialiste²⁰³⁹.

Cette image d'une convention de la Constitution, norme juridique dont le non respect serait sanctionné par la réprobation politique, paraît se vérifier pour l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat. Au cours de la période postérieure à la Seconde Guerre mondiale, les affaires « *Jacomet* » et « *Canal* » en offrent deux illustrations significatives. La révocation du Maître des requêtes Jacomet a ainsi soulevé certaines critiques, au sein du Palais Royal et du Palais Bourbon. L'Association des membres et anciens membres du Conseil d'Etat évoqua dans son bulletin, relayé par un communiqué publié dans le journal *Le Monde* du 15

²⁰³⁶ B. Chantebout, *op. cit.*, p. 114.

²⁰³⁷ D. Lévy, *op. cit.*, pp. 85 et 89.

²⁰³⁸ Y. Mény, *Les conventions de la Constitution, op. cit.*, p. 56.

²⁰³⁹ F. Lemaire, *op. cit.*, p. 478.

novembre 1960 : « *le sentiment douloureux et l'émotion profonde qui ont été provoqués dans notre maison par l'annonce de cette révocation, en dehors de toute appréciation des faits qui en sont l'origine* »²⁰⁴⁰. Quatre maîtres des requêtes élus à l'Assemblée nationale, contestèrent de la même façon la mesure prise, dans une déclaration et un communiqué publiés dans le même quotidien, le 11 novembre 1960²⁰⁴¹. Enfin, le Député indépendant André Mignot, demanda dans une question écrite adressée au Premier ministre, à ce que soit rendu public l'avis du bureau du Conseil d'Etat, par lequel celui-ci s'était prononcé contre la révocation d'André Jacomet²⁰⁴². Si ce mouvement de réprobation, resté circonscrit à l'opposition parlementaire, au Conseil d'Etat et à une partie du monde universitaire, ne permit pas d'assurer la réintégration du principal intéressé, son échec servit néanmoins d'avertissement. De fait, lorsque l'Exécutif commença à dénoncer officiellement l'intervention de l'arrêt « *Canal* », survenu le 19 octobre 1962, une partie de la presse généraliste entreprit d'informer elle-même l'Opinion publique, des risques pesant sur le personnel de l'institution. Georges Suffert publiait en ce sens, dès le 25 octobre, un article dans lequel il estimait qu'une victoire du « *oui* » au référendum à venir, pourrait conduire le Général de Gaulle à décider d'abaisser : « *d'un coup l'âge de la retraite des conseillers et faire basculer du jour au lendemain la plupart des hommes qui ont pris la décision du vendredi 19* »²⁰⁴³ octobre 1962. La publication par le journal *Le Monde*, le 18 mai 1963, d'une analyse du rapport établi par la commission chargée de « *procéder à l'examen des problèmes posés par le fonctionnement et les activités du Conseil d'Etat* », devait amener la « *plupart des grands organes de presse* » à exprimer leur inquiétude²⁰⁴⁴. Conjugée à celle mise en œuvre par des élus de l'opposition parlementaire, des universitaires et les membres du Conseil d'Etat, cette action d'information destinée à mobiliser l'Opinion publique, a finalement favorisé une réforme du statut des membres du Conseil d'Etat,

²⁰⁴⁰ Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 900.

²⁰⁴¹ Il s'agit de Pierre Brocas, Pascal Arrighi, Alain de Lacoste-Lareymondie et de Jean Legaret. Tandis que le premier critiqua dans une déclaration, la légalité des mesures prises, les seconds publièrent un communiqué dénonçant la révocation d'André Jacomet : « *qui, pour des raisons dont il est seul juge, a, sans faire aucune manifestation publique, sans inciter quiconque à l'imiter, démissionné des fonctions d'autorité pour l'exercice desquelles le gouvernement l'avait placé hors du Conseil d'Etat* ». Voir : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 907.

²⁰⁴² M.-C. Kessler, op. cit., op. cit., p. 68.

²⁰⁴³ G. Suffert, *Le Petit Clamart d'un grand corps*, France-Observateur, 25 octobre 1962.

²⁰⁴⁴ R. Bony, *S'en prendre au Conseil d'Etat, c'est s'en prendre aux droits du citoyen*, L'Aurore, 18-19 mai 1963 ; J. Dannenmuller, *Le Conseil d'Etat bon pour la réforme*, Carrefour, 22 mai 1963 ; P. Marcilhacy, *La réforme du Conseil d'Etat*, Le Monde, 24-25 mai 1963 ; G. Vedel, *L'Etat doit-il être jugé ?*, L'Express ; M. Duverger, *Conseil d'Etat ou Conseil du Roi ?*, Le Monde, 6 juin 1963.

propre à décevoir « *les amateurs d'émotions fortes* »²⁰⁴⁵. Un demi-siècle après ces événements, cette idée d'une sanction politique de l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat, continue d'ailleurs d'être évoquée par certains représentants de la doctrine²⁰⁴⁶.

531. Une fois résolue la question de la juridicité des conventions de la Constitution, et plus précisément celle de la garantie étudiée, il convient de s'interroger sur leur valeur au sein de la hiérarchie des normes. L'une des spécificités des conventions de la Constitution, par rapport à la coutume, réside dans l'entretien d'un lien étroit avec la Constitution. A la différence de la seconde, caractérisée par une existence autonome des normes écrites, les premières devraient à ces dernières jusqu'à leur raison d'être, « *soit qu'elles les complètent soit qu'elles les modifient* »²⁰⁴⁷. Cette caractéristique ne signifie pas pour autant, qu'elles possèdent une valeur juridique égale à ces normes. Une conception positiviste du droit constitutionnel s'y oppose, et elle rejoint de ce point de vue la coutume. L'héritage de la « *tradition constitutionnelle* » et l'influence d'un « *juriste comme Carré de Malberg* »²⁰⁴⁸, conduisent en effet la doctrine française à admettre, que la valeur juridique de la Constitution dépend d'abord d'un critère formel. La Constitution correspond *a priori*, à l'ensemble des règles juridiques élaborées et révisées selon une procédure et/ou une autorité distincte(s) et supérieure(s), à celle(s) requise(s) pour la loi ordinaire. Comme le souligne Carré de Malberg, dans la mesure où « *la caractéristique de la Constitution est d'être une loi possédant une puissance renforcée* » et que la « *notion de Constitution ne se trouve réalisée qu'à cette condition* », il faut en déduire une : « *incompatibilité entre Constitution et coutume, la coutume ne possédant pas la force supérieure qui caractérise le droit constitutionnel* »²⁰⁴⁹. A l'instar de la coutume, les conventions de la Constitution paraissent en outre pénalisées, y compris par rapport aux sources non écrites

²⁰⁴⁵ J. Rivero, *Une mise à jour, non une mise au pas*, La Croix, 7-8 juillet 1963.

²⁰⁴⁶ Ainsi que l'écrivent Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, André Varinard et Thierry Debarb : « *Au plan politique, une mesure gouvernementale portant atteinte à l'indépendance d'un membre du Conseil d'Etat soulèverait certainement une émotion telle dans la presse et dans l'opinion qu'on pourrait difficilement l'envisager aujourd'hui* ». Voir : *institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, Paris, 10^e éd., 2009, p. 881.

²⁰⁴⁷ F. Lemaire, *op. cit.*, p. 464.

²⁰⁴⁸ Y. Mény, *Les conventions de la Constitution*, *op. cit.*, p. 54.

²⁰⁴⁹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 2, Recueil Sirey, Paris, 1922, p. 582. Or, cette conception apparaît difficile à dépasser, dans le cadre de l'étude de la valeur juridique de la coutume constitutionnelle et des conventions de la Constitution. Voir en ce sens : G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. 4, *op. cit.*, p. 266-267 ; Y. Mény, *Les Conventions de la Constitution*, *op. cit.*, 1989, p. 54 ; H. Dumont, *op. cit.*, p. 272 ; P. Avril, *Les conventions de la Constitution...*, *op. cit.*, p. 129.

dégagées par le juge. Elles ne bénéficient pas d'une garantie analogue à celle prévue par l'article 62 de la Constitution, afin d'assurer leur respect vis-à-vis des pouvoirs et autorités publics²⁰⁵⁰, et elles ne font l'objet d'aucune consécration jurisprudentielle, par le ou les organe(s) chargé(s) du contrôle de constitutionnalité. Les conventions de la Constitution souffrent dans ces conditions, d'une « *infériorité irrémédiable* », faute de pouvoir opposer une base juridique « *à ceux qui refuseraient de s'y conformer* », ni de permettre de « *soutenir que l'attitude contraire est inconstitutionnelle* »²⁰⁵¹.

Faute de pouvoir affirmer la valeur proprement constitutionnelle des conventions de la Constitution, la doctrine semble avoir cherché à démontrer l'existence d'une proximité entre les deux normes, fondée sur leur complémentarité réciproque. En ce sens, le Professeur Lemaire estime qu'elles : « *se prêtent mutuellement appui et assistance. Alors que les conventions...puisent leur caractère obligatoire dans les normes constitutionnelles qui leur servent de support,...à leur tour les conventions en approvisionnant et nourrissant les règles constitutionnelles confirment et authentifient leur positivité* »²⁰⁵². Cette conception est également défendue par le Professeur Burdeau, lorsqu'il soutient de manière imagée, que : « *les conventions fournissent au droit strict sa substance actuelle, elles sont « la chair qui revêt les os desséchés de la loi »* »²⁰⁵³. La perception de ces conventions rejoindrait alors l'idée, développée par la doctrine britannique, suivant laquelle elles seraient le résultat de normes constitutionnelles d'habilitation, conférant aux pouvoirs publics une certaine compétence discrétionnaire dans la détermination de leur conduite. Mais loin de constituer l'expression même de ce pouvoir, elles seraient un moyen d'en encadrer et régulariser l'usage, au service de la Constitution²⁰⁵⁴. A partir de là, une distinction semble pouvoir être opérée entre, d'une part les conventions interprétatives et supplétives, et d'autre part les conventions *contra constitutionem*. Les deux premières pourraient être qualifiées, ainsi que le propose Pierre Avril, de « *jurisprudence organique* ». Regroupant l'ensemble des solutions apportées par les organes de la volonté de l'Etat dans l'application du droit, celle-ci apparaît une extension utile de la notion de jurisprudence, traditionnellement cantonnée à la sphère juridictionnelle. Cette analogie permet selon l'auteur, d'expliquer que ces

²⁰⁵⁰ Article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

²⁰⁵¹ G. Burdeau, *op. cit.*, t. 4, p. 267.

²⁰⁵² F. Lemaire, *op. cit.*, p. 498.

²⁰⁵³ G. Burdeau, *op. cit.*, t. 4, p. 35.

²⁰⁵⁴ Voir : F. Lemaire, *op. cit.*, pp. 468-470.

conventions « *ne modifient pas plus la Constitution que la jurisprudence judiciaire ne modifie la loi* » et qu'elles « *ne lient pas plus les organes constitutionnels que sa jurisprudence ne lie le juge* »²⁰⁵⁵. Cette analogie conduit aussi à considérer, semble-t-il, que ces conventions, « *créatrice(s)* » à l'instar de « *toute jurisprudence* »²⁰⁵⁶, ont une valeur au mieux supra-législative et infra-constitutionnelle. Les conventions *contra constitutionem* pourraient quant à elles, être rapprochées des mesures prises par le chef de l'Etat, dans le cadre des pouvoirs de crise qu'il tient de l'article 16 de la Constitution. Leur apparition est *a priori* liée à la nécessité de remédier à l'inadéquation des textes, que celle-ci soit originaire ou consécutive à un changement de circonstances. C'est ce qui justifie en toute logique leur pérennité, et leur absence de remise en cause expresse par le Constituant. Pour reprendre la formule utilisée par les Professeurs Jean et Jean-Eric Gicquel, à propos de l'article 16, ces conventions se présentent donc comme : « *une constitution au sein de la constitution* »²⁰⁵⁷. Mais faute pour le Constituant d'intervenir, afin de corriger les imperfections du texte constitutionnel ou de consacrer la convention concernée, les deux Constitutions continuent à cohabiter, dans l'attente d'un éventuel changement de circonstances. Il paraît dès lors possible d'estimer que ces conventions ont au mieux, comme l'estimait le Professeur Duverger à propos des « *coutumes qui modifient les constitutions écrites* », « *la même valeur juridique que la constitution à laquelle elles se rattachent* »²⁰⁵⁸.

532. A la lumière des développements précédents, il serait assez séduisant de s'arrêter sur la proximité de l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat, vis-à-vis de la catégorie des conventions de la Constitution, pour en déduire sa valeur supra-législative sinon constitutionnelle. Le fait que la Haute institution puisse aujourd'hui se voir reconnaître la qualité de « *pouvoir public constitutionnel* », eu égard à son ancrage dans la Loi fondamentale et son omniprésence dans le jeu institutionnel, paraît plaider en ce sens. Pour autant, s'il existe bien une « convention de... », deux obstacles juridiques semblent s'opposer à ce qu'elle ait la « Constitution » pour référentiel. Il convient d'une part de constater, que les règles qui régissent actuellement les cas d'éviction couverts par cette inamovibilité, relèvent des domaines de la loi et du règlement. C'est ainsi que les règles afférant à la discipline des membres du Conseil d'Etat, figurent aux articles L. 136-1 et 2 du code de justice administrative. Cette nature législative est également acquise, pour une

²⁰⁵⁵ P. Avril, *Les conventions de la Constitution...*, *op. cit.*, pp. 133-134.

²⁰⁵⁶ *Ibid.*, pp. 135.

²⁰⁵⁷ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *op. cit.*, 23^e éd., 2009, p. 589.

²⁰⁵⁸ M. Duverger, *Manuel de droit constitutionnel*, 5^e éd., p. 205. Cité in G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. 4, *op. cit.*, p. 267.

partie des règles relatives aux nominations, comme le révèlent les articles L. 133-1 à 8 du même code. En revanche, le reste des règles concernant les nominations, et l'ensemble des règles d'avancement, possèdent une simple assise réglementaire²⁰⁵⁹. Il ressort d'autre part de l'étude de la garantie concernée, que celle-ci ne semble pas constituer une condition nécessaire du respect de l'indépendance constitutionnelle de la juridiction administrative²⁰⁶⁰. Si tel était le cas, il faudrait *a priori* admettre la contrariété à ce principe, de toute réglementation qui n'assurerait pas aux membres du Conseil d'Etat, une garantie équivalente à celle permise par l'inamovibilité de fait. La constitutionnalité de cette réglementation serait concrètement subordonnée, à la reconnaissance en leur faveur, d'une irrévocabilité et d'une immobilité de droit. Force est cependant de souligner que les modifications opérées par le législateur et le pouvoir réglementaire, lors de l'élaboration du code de justice administrative entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001, n'ont pas conduit à ce résultat. L'essentiel du contenu de la réglementation antérieure, a été repris dans le nouveau code, et le seul changement significatif a consisté à introduire dans la partie législative de ce dernier, des dispositions qui relevaient jusqu'alors du règlement.

L'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat, paraît se rapprocher dans ces conditions, de ce qu'il conviendrait de désigner sous le nom d'une « convention de la loi » ou d'une « convention du règlement ». Mais cette valeur législative ou réglementaire, ne semble pas elle-même pouvoir être assurée avec certitude. Ainsi que cela a été relevé à propos des conventions de la Constitution *contra constitutionem*, leur valeur constitutionnelle n'est *a priori* reconnue, que sous réserve de l'abstention du Pouvoir constituant. L'intervention de ce dernier semble même en mesure d'entraîner sa disparition, lorsqu'elle a pour objet de consacrer ou d'exclure expressément cette convention. De manière intermédiaire, la modification ou la confirmation de l'état du droit en vigueur, avant la naissance de la convention, paraît impliquer l'application de l'adage : « *Lex posterior derogat lex priori* ». Ceci est d'autant plus vrai, s'agissant des conventions de la Constitution, qu'elles ne bénéficient pas d'une disposition analogue à celle prévue par l'article 55 de la Constitution²⁰⁶¹, afin d'assurer leur primauté sur les autres normes, et notamment la Constitution. Or, un retour à l'examen de l'inamovibilité précitée, conduit à remarquer que la période comprise entre 1879 et aujourd'hui, a été ponctuée par au

²⁰⁵⁹ Voir les articles L. 133-1 et 2 du code de justice administrative, en matière de nominations, et les articles R. 133-3 à 9 du même code, en matière d'avancement.

²⁰⁶⁰ CC, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, dite « *Validations d'actes administratifs* », cons. 6.

²⁰⁶¹ Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

moins trois interventions du législateur et/ou du pouvoir réglementaire. Celles-ci ont trouvé leur traduction, essentiellement dans trois textes : l'ordonnance du 31 juillet 1945, le décret du 30 juillet 1963, et l'ordonnance du 4 mai 2000²⁰⁶². Bien qu'ils n'aient jamais abouti en pratique, à une remise en cause de l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat, il n'en reste pas moins que ces textes ont pareillement réaffirmé, à plusieurs décennies d'intervalle, l'absence de garanties de droit correspondant à celle-ci. Le recours à l'adage susmentionné, laisse donc supposer une certaine infériorité normative de l'inamovibilité étudiée, vis-à-vis des règles législatives et réglementaires relatives à la discipline et à l'avancement des membres de la Haute institution. Ainsi, cette garantie que la doctrine qualifie traditionnellement de « *coutumière* », ne semble pas jouir au final, d'une valeur supérieure à celle qui se trouve aujourd'hui reconnue à la coutume nationale en droit privé²⁰⁶³ et en droit administratif²⁰⁶⁴, ou encore à la coutume internationale en droit interne²⁰⁶⁵.

§ 2. Des inamovibilités fragilisées par l'inamovibilité « coutumière » des membres du Conseil d'Etat

533. « Jamais le pouvoir politique n'oserait révoquer un conseiller d'Etat ou un président du Conseil d'Etat parce qu'il aurait rendu une sentence déplaisante au pouvoir »²⁰⁶⁶. Lorsqu'il écrivit ces mots en 1961, l'ancien Vice-président René

²⁰⁶² Voir : l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'Etat ; le décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat ; et l'ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative, ratifiée par la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ; le décret n° 2000-388 du 4 mai 2000 relatif à la partie réglementaire du code de justice administrative (Décrets en Conseil d'Etat délibérés en Conseil des ministres) ; et le décret n° 2000-389 du 4 mai 2000 relatif à la partie réglementaire du code de justice administrative (Décrets en Conseil d'Etat).

²⁰⁶³ La primauté de la loi sur la coutume en droit privé, a été affirmée lors de l'entrée en vigueur des codes civil et de procédure civile. D'une part, il résulte de l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XIII sur la réunion des lois civils en un seul corps, que : « *A compter du jour où les lois sont exécutoires, ... les coutumes générales ou locales ... cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code* ». D'autre part, l'article 1041 du code de procédure civile, abrogé par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007, prévoyait que : « *Le présent code sera exécuté à dater du 1^{er} janvier 2007 ... Toutes ... coutumes, usages ... relatifs à la procédure civile seront abrogés* ».

²⁰⁶⁴ Voir : G. Teboul, *op. cit.*, 331 p.

²⁰⁶⁵ Voir : G. Bachelier, *op. cit.*, pp. 1068-1082.

²⁰⁶⁶ R. Cassin, *De l'unité de la Justice dans un pays à dualité de juridiction*, La Justice, 1961, p. 273.

Cassin ne se doutait sans doute pas qu'une année plus tard, l'institution se trouverait justement confrontée aux foudres de l'Exécutif, pour avoir rendu une décision heurtant sa sensibilité. Six jours après l'arrêt « Canal » du 19 octobre 1962, Georges Suffert écrivait dans France-Observateur que le Général de Gaulle, pourrait être tenté en cas de victoire du « oui » au référendum : « (d')abaisser d'un coup l'âge de la retraite des conseillers et faire basculer du jour au lendemain la plupart des hommes qui ont pris la décision du vendredi 19... »²⁰⁶⁷. C'était là, faire preuve de prémonition. Dans son rapport au Gouvernement, la commission de réforme du Conseil d'Etat installée le 4 janvier 1963, préconisait d'obliger les conseillers dont la limite d'âge était pourtant fixée à soixante-dix ans, de solliciter le renouvellement de leurs fonctions à soixante et soixante-cinq ans. Si la mesure ne fut finalement pas retenue dans le projet définitif, elle permit de souligner avec force les limites de l'inamovibilité « coutumière ». Cette dernière nie la réalité du droit en vigueur (A), et dédouane le Pouvoir politique de la reconnaissance de cette garantie (B).

A . Une garantie conditionnée par une inamovibilité de fait

534. La théorisation d'une inamovibilité « *coutumière* » souffre de sa complète soumission à la réalité des faits, et ce d'autant plus que cette garantie est synonyme d'irrévocabilité. La réalité du droit apparaît en revanche largement éludée. Cette relativité ressort aussi bien de l'étude de la situation des membres du Conseil d'Etat (1°), que de celle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2°).

1°) La relativité de la théorie française de l'inamovibilité de fait

535. L'inamovibilité « *coutumière* » des membres du Conseil d'Etat, si elle a pu apparaître sur le moyen terme, mieux respectée que l'inamovibilité de droit dévolue aux magistrats judiciaires, se révèle dans l'absolu éminemment relative. Elle ne semble guère traduire qu'un simple état de fait. Deux raisons viennent expliquer ce paradoxe. D'une part, parce qu'elle est synonyme d'irrévocabilité et d'immobilité, cette garantie est susceptible de heurter un Pouvoir politique, dont il convient de rappeler qu'il s'est jusqu'à présent, toujours opposé à l'introduction d'une « simple » inamovibilité de droit au sein de l'institution. D'autre part, la croyance d'après laquelle cette inamovibilité constituerait une protection suffisante, a longtemps conduit ses partisans à ne plus s'inquiéter des garanties légales effectivement reconnues aux membres du corps concerné. La conjugaison de ces deux facteurs,

²⁰⁶⁷ G. Suffert, France-Observateur, 25 octobre 1962. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 905.

celui d'un « chiffon rouge » agité à la face du Pouvoir, et celui de l'absence d'un « filet » de nature à contenir les excès de ce dernier, dessine les limites de cette sûreté. Il est d'ailleurs symptomatique de souligner que l'entorse la plus brutale à cette inamovibilité, et à la stabilité d'un membre de l'institution, fut portée alors que cette première était réputée, quatre-vingt ans après l'épuration de 1879, avoir atteint son apogée. La révocation en 1960 du Maître des requêtes Jacomet, pour des motifs tenant à ses fonctions de secrétaire général de l'Administration en Algérie, provoquèrent « *une émotion compréhensible* »²⁰⁶⁸. A en croire le Professeur Georges Morange, même le Gouvernement de Vichy, pourtant situé en dehors de la légalité républicaine, et « *si peu respectueux qu'il ait été des principes traditionnels de notre droit public* », n'avait « *jamais porté atteinte à (cette) inamovibilité de fait* »²⁰⁶⁹.

Ainsi que devaient le juger deux ans plus tard, les Professeurs Auby et Drago, dans la première édition de leur *Traité de contentieux administratif* : « *On avait pu, à cette occasion, constater que, si l'inamovibilité de fait dont bénéficiaient les membres du Conseil d'Etat n'était pas respectée par le gouvernement, les garanties textuelles qui leur étaient accordées en matière disciplinaire étaient nettement inférieures à celles conférées à tous les autres fonctionnaires* »²⁰⁷⁰. De fait, l'illégalité flagrante du décret révoquant André Jacomet, et l'impossibilité pour celui-ci d'exercer un recours effectif devant le Conseil d'Etat, ont souligné la nécessité d'une réforme statutaire qui, sans aboutir à l'octroi d'une inamovibilité de droit aux membres de cette institution, a conduit à un certain renforcement de leurs garanties d'éviction.

536. Le décret présidentiel du 12 novembre 1960, révoquant André Jacomet de ses fonctions de maître des requêtes au Conseil d'Etat, a paru, de prime abord, entaché d'une illégalité externe. Plus précisément, l'acte semblait souffrir d'un double vice de procédure, résultant respectivement du non respect des droits de la défense, et de l'absence de consultation des autorités compétentes dans les conditions requises par le statut applicable aux membres de l'institution. Concernant le premier moyen, cette obligation ne ressortait pas expressément du texte de l'ordonnance du 31 juillet 1945 relative au le Conseil d'Etat. Ce dernier l'avait néanmoins érigé vingt ans auparavant, en principe général du droit, à l'occasion de ses arrêts de Section

²⁰⁶⁸ J.-M. Auby, R. Drago, *op. cit.*, 3^e éd., 1984, p. 253. Ce terme d' « *émotion* » se retrouve sous la plume d'autres auteurs, ayant commenté les faits. Voir notamment : G. Morange, *Les principes généraux du droit sous la Ve République*, RDP, 1960, p. 1188 ; L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 900.

²⁰⁶⁹ G. Morange, *op. cit.*, p. 1191.

²⁰⁷⁰ J.-M. Auby, R. Drago, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 1962, p. 169. Cette formule a été reprise telle quelle, dans les deux éditions suivantes. Voir : 2^e éd., 1975, p. 187, et 3^e éd., 1984, p. 253.

« *Dame Veuve Trompier gravier* », du 5 mai 1944, et d'Assemblée « *Aramu* », du 26 octobre 1945²⁰⁷¹. Or, dans l'espèce de l'affaire « *Jacomet* », le maître des requêtes avait été suspendu le 9 novembre et révoqué le 12 novembre, pour des faits survenus les 6 et 7 novembre, alors qu'il exerçait ses fonctions de secrétaire général de l'Administration en Algérie. Les sources disponibles révèlent qu'il aurait été convoqué à Paris par le Premier ministre, entre l'après-midi du 7 novembre et celui du lendemain. Il serait arrivé à Paris le 8 novembre en fin d'après-midi, et aurait été reçu par le garde des Sceaux, dans l'après-midi du jour suivant. La décision de le révoquer aurait été prise le 10 novembre, sur le rapport du Garde des Sceaux Edmond Michelet, avant d'être effectivement prononcée par décret, deux jours plus tard. Au cours de ce bref délai, non seulement le Maître des requêtes Jacomet n'a été informé de sa suspension, qu'après que celle-ci soit intervenue, mais il n'a en outre bénéficié que de deux ou trois jours à partir de cette notification, pour préparer et assurer sa défense. Ce dernier délai s'avérait néanmoins insuffisant, comme l'a constaté le Professeur Georges Morange, au regard du nombre des formalités restant à accomplir. A partir de l'information précitée, il convenait de laisser à André Jacomet : « *le temps de préparer sa défense et de communiquer cette défense au bureau du Conseil d'Etat. Ce dernier organe, saisi du dossier et de la défense de l'intéressé, avait besoin...d'un délai raisonnable pour émettre, en toute connaissance de cause, (son) avis consultatif...L'autorité disciplinaire devait, enfin, se réserver, à elle-même, le temps suffisant pour consulter ces documents avant d'arrêter sa décision* ». L'auteur a pu alors conclure avec raison que la « *brièveté du délai écoulé* » entre les deux étapes, à savoir celle de la notification et celle de la décision effective, avait semblé exclure « *le déroulement régulier de la procédure* »²⁰⁷².

Le second moyen invoqué, à l'appui d'une prise de position en faveur de l'illégalité externe du décret, reposait sur le non respect de l'article 17 de l'ordonnance de 1945. Celui-ci prévoyait précisément que les maîtres des requêtes pouvaient uniquement être révoqués par décret pris, après avis du vice-président délibérant avec les présidents de section, sur proposition du garde des Sceaux. En l'espèce, les sources disponibles indiquent que la première condition a été respectée. Le bureau du Conseil d'Etat aurait bien été consulté par l'autorité titulaire du pouvoir disciplinaire, et malgré le fait que son avis n'ait pas été publié, celui-ci se serait avéré défavorable à une révocation²⁰⁷³. Toutefois, faute de précision concernant le caractère contraignant de cet avis, ce dernier devait logiquement être regardé, ainsi

²⁰⁷¹ CE Sect., arrêt du 5 mai 1944, « *Dame Veuve Trompier-Gravier* », Rec. p. 133 ; CE Ass., arrêt du 26 octobre 1945, « *Aramu* », Rec., p. 213.

²⁰⁷² G. Morange, *op. cit.*, p. 1195.

²⁰⁷³ M.-C. Kessler, *op. cit.*, p. 68 ; M. Gjidara, *op. cit.*, p. 409.

que l'a fait le Conseil des ministres, comme un simple avis dépourvu d'incidence sur sa décision. En revanche, la seconde exigence, en l'occurrence celle d'une sanction prononcée sur « *proposition* » du ministre de la justice, ne paraît pas avoir été respectée. Le Garde des Sceaux Michelet aurait en effet, émis un simple rapport. Or, les mots « *sur proposition* » et « *sur rapport* », n'emportent théoriquement pas les mêmes conséquences, sur le plan juridique. La première notion contient nécessairement une part de contrainte, ainsi que le précisent Guy Canivet et Julie Joly-Hurard. Dans un sens extensif, elle signifie que : « *l'autorité qui doit prendre une décision...ne peut qu'entériner la décision qui lui est faite, ou s'abstenir* ». Dans un sens restreint, bien que l'autorité disciplinaire ne soit pas « *lié(e) par la proposition* », elle reste au minimum « *tenu(e) d'informer* » celle qui l'a émise, « *des motifs qui l'ont conduit à adopter une autre décision* »²⁰⁷⁴. Cette idée de contrainte, ne ressort pas à l'inverse, de la seconde notion. Comme l'a expliqué le Professeur Morange, à propos de l'affaire « *Jacomet* » : « *Une décision prise simplement sur rapport est...sauf dispositions particulières des textes, discrétionnaire* »²⁰⁷⁵.

537. Le décret de révocation du 12 novembre 1960 a paru, en second lieu, entaché d'une illégalité interne découlant d'une double violation de la loi et d'un détournement de pouvoir. Les deux premiers moyens, complémentaires, seraient respectivement tirés d'une inexactitude matérielle des faits, et d'une erreur dans la qualification juridique des ces derniers. Dans l'espèce de l'affaire « *Jacomet* », il semble effectivement que le Pouvoir ait reproché à l'intéressé d'avoir vigoureusement critiqué, dans l'exercice de ses fonctions de secrétaire général de l'Administration en Algérie, la nouvelle politique algérienne prônée par le Général de Gaulle. La vivacité de cette opposition, relayée par la presse écrite, aurait légitimement été perçue comme une faute grave. Venant du titulaire d'un emploi à la discrétion du gouvernement, de tels propos paraissaient justifier pleinement son éviction des fonctions de secrétaire général. Le décret du 9 novembre a d'ailleurs « *été considéré comme parfaitement légal* »²⁰⁷⁶. Mais formulées par une personne qui, malgré l'occupation de l'emploi précité, ne cessait pas d'appartenir au Conseil d'Etat, de telles critiques pouvaient aussi sembler incompatibles avec l'obligation de réserve imposée par son corps d'origine. Cette version des faits, qui a trouvé un certain écho dans la doctrine postérieure aux événements²⁰⁷⁷, paraît pourtant assez éloignée de la réalité, telle que s'est attaché à la retracer avec précision le Professeur

²⁰⁷⁴ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, *op. cit.*, p. 142.

²⁰⁷⁵ G. Morange, *op. cit.*, p. 1195.

²⁰⁷⁶ G. Morange, *op. cit.*, p. 1193.

²⁰⁷⁷ Voir notamment en ce sens : M. Gjidara, *op. cit.*, 408 ; M.-C. Kessler, *op. cit.*, p. 66 ; O. Dupeyroux, *op. cit.*, p. 583.

Morange. Selon l'auteur, André Jacomet aurait fait part de son désaccord à son supérieur, dès le 6 novembre, à l'occasion d'une conversation privée. Le lendemain, le Délégué général Delouvrier aurait convoqué les directeurs et les chefs de service de l'Administration en Algérie, afin de leur exposer les nouvelles orientations impliquées par la récente allocution du chef de l'Etat. Connaissant la position du Secrétaire général, Paul Delouvrier lui aurait alors demandé de reformuler les arguments développés la veille. Ainsi, contrairement aux idées reçues, cette « *manifestation d'opinion a été « provoquée » et s'est produite en un lieu qui excluait, normalement, toute publicité* »²⁰⁷⁸. André Jacomet ne se serait pas départi, dans ses conditions, d'une quelconque obligation de réserve. L'intervention critiquée avait uniquement pour objet de faire prospérer le débat pendant la réunion, et de permettre au Délégué général de s'assurer de la détermination des autres cadres, à mettre en œuvre la nouvelle politique impulsée par le chef de l'Etat. Dès lors, replacés dans leur contexte, les propos critiqués pouvaient difficilement être qualifiés de faute grave, et justifier la double révocation des fonctions de secrétaire général et de maître des requêtes.

Le troisième moyen plaidant en faveur de l'illégalité interne du décret étudié, repose sur l'existence d'un détournement de pouvoir. En effet, il semblerait que le Président de la République ait fait indirectement usage du pouvoir d'éviction exorbitant, qu'il détenait alors en matière d'emplois à la discrétion du gouvernement, afin de révoquer André Jacomet de ses fonctions de maître des requêtes. Deux arguments méritent d'être invoqués au soutien de cette opinion. Le premier réside dans le refus du Pouvoir de recevoir la démission de Jacomet, de ses fonctions de secrétaire générale. Pourtant, celui-ci aurait fait connaître à son supérieur, dès leur échange du 6 novembre, son intention : « *de tirer les conséquences nécessaires de ce désaccord, en démissionnant dans un proche avenir* ». Or, comme l'ont précisé les Professeurs Morange et Kessler, le fonctionnaire devait effectivement rédiger et présenter sa démission le lendemain, à l'issue de la réunion avec des cadres de l'Administration en Algérie²⁰⁷⁹. Deux heures après que cette démission ait été transmise par le Délégué général, avec celle de deux autres hauts fonctionnaires, le Pouvoir exécutif vint signifier leur rejet. Ce dernier pouvait apparaître d'autant plus paradoxal, s'agissant de fonctions relativement médiatisées, que le retrait volontaire a souvent été envisagé dans l'histoire de la haute fonction publique, comme une solution de compromis entre l'agent concerné et le Pouvoir. Le second argument réside dans le choix de l'Exécutif de révoquer André Jacomet de son emploi de maître des requêtes, pour des faits qui lui étaient reprochés dans ses fonctions de

²⁰⁷⁸ G. Morange, *op. cit.*, p. 1194.

²⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 1192 ; M.-C. Kessler, *op. cit.*, p. 66.

secrétaire général. Cette solution n'allait pourtant pas de soi, et la tradition comme la logique des choses, voulaient qu'en l'absence de lien entre les propos critiqués et la maîtrise des requêtes, l'intéressé ne soit pas affecté dans cette dernière. Le Professeur Morange n'a d'ailleurs pas manqué de souligner, non sans ironie, que même le Régime de Vichy n'avait pas dérogé à une telle règle : « *Le Monde ne rappelait-il pas – ce rappel est cruel – que M. Alexandre Parodi, actuellement Vice-Président du Conseil d'Etat, ayant publiquement tenu, en 1940, des propos hostiles au maréchal Pétain et favorables au général de Gaulle, fut révoqué de ses fonctions de Directeur de la Main-d'œuvre et du Travail, au Ministère du travail, mais qu'il ne fut pas touché à sa situation de Maître des Requêtes au Conseil d'Etat* »²⁰⁸⁰.

538. Au regard du caractère, si gravement illégal du décret le révoquant, André Jacomet aurait raisonnablement pu espérer obtenir sa réintégration, au terme d'une action en annulation devant le Conseil d'Etat. Une issue en ce sens apparaissait *a priori* acquise, tant les conditions semblaient réunies. Au début de l'année 1960, alors que l'inamovibilité des magistrats judiciaire semblait définitivement reléguée au rang de « *mythe* », Pierre Bézio ne manquait pas d'observer, par comparaison, que : « *si un membre du Conseil d'Etat formait un recours contre une décision prise à son encontre par l'Exécutif, cette décision serait conformément au droit commun, soumise au contrôle de la section contentieuse du Conseil d'Etat* ». Le magistrat ajoutait immédiatement : « *Etre jugé par ses pairs n'est-ce pas la plus sûre des garanties ? L'inamovibilité la mieux assurée ne se traduit pas autrement* »²⁰⁸¹. Le futur procureur près la Cour de cassation se trompait pourtant en partie, en oubliant de prendre également en compte, l'intensité de l'esprit de corps caractérisant cette institution. A la différence de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat a effectivement réussi à se doter, du fait de la jouissance d'effectifs restreints amenés à cohabiter pour la durée de leur carrière, d'un esprit de corps particulièrement aigu. Ce dernier trouve sa plus belle expression dans l'adversité, lorsque les liens entre les membres de l'institution sont naturellement amenés à se resserrer. Les entretiens de membres du Conseil, effectués dans les années 1960, le soulignent avec force : « *si une tempête éclate...la solidarité se manifeste* » ; « *quand le corps se sent menacé, la réaction de défense collective joue* » ; ou encore « *quand nous sommes attaqués, nous nous rebiffons ensemble* »²⁰⁸². Or, la révocation d'André Jacomet de ses fonctions de maître des requêtes, semblait justement avoir suscité une certaine émotion au sein de l'institution.

²⁰⁸⁰ G. Morange, *op. cit.*, p. 1195.

²⁰⁸¹ P. Bézio, *Sur l'insuffisance des garanties de carrière accordées aux magistrats - L'inamovibilité...Un mythe ?*, Le Pouvoir judiciaire, n° 1960, 1960, p. 1.

²⁰⁸² Voir : M.-C. Kessler, *op. cit.*, p. 211.

L'intéressé entreprit dans ces conditions, d'exercer un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Mais comme devait ultérieurement le préciser le Professeur Dupeyroux : « *Ce fut en vain* ». Selon le Conseiller d'Etat : « *Il semble en effet qu'on ne lui ait pas caché, comme il était de la maison, qu'il n'était politiquement pas possible au Conseil de se prononcer sur son recours : une annulation risquant d'être très mal prise par le Général de Gaulle* »²⁰⁸³. André Jacomet fut dès lors contraint de poursuivre sa carrière dans le secteur privé, au cours des huit années suivantes. Il fallut attendre un décret du 30 juillet 1968, pour le voir réintégré dans son emploi de maître des requêtes. La Haute juridiction n'ayant toujours pas statué à cette date, sur son action en annulation, l'intéressé devait dès lors se désister de son recours. En fin de compte, le Conseil d'Etat devait se contenter de statuer par un arrêt du 8 janvier 1969, près de neuf ans suivant les faits, afin de prendre acte du désistement et se prononcer sur les dépens²⁰⁸⁴. La tardiveté et la modestie d'une telle solution, survenue cinq mois avant que l'Hôte du Palais Royal accepte de connaître en cassation, d'une décision prise par la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature, compétente à l'égard des magistrats du siège²⁰⁸⁵, avait de quoi heurter. Elle venait révéler avec une extrême clarté, au détriment des membres du Conseil d'Etat, la limite de la garantie offerte par le recours pour excès de pouvoir devant ce dernier, en comparaison de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité de droit.

539. Le déroulement de l'affaire « *Jacomet* » a finalement permis de mettre en exergue le principal défaut de l'inamovibilité de fait : celui d'é luder la nécessaire mise en place de garanties de droit. Si l'intéressé a pu être révoqué de ses fonctions de maître des requêtes, comme s'il était titulaire d'un emploi à la discrétion du gouvernement, c'est que le dispositif juridique existant en matière d'éviction, apparaissait largement obsolète. D'une part, dans l'état du droit en vigueur au moment de l'affaire étudiée, la révocation constituait la seule sanction susceptible d'être prononcée par le Pouvoir politique. Ce dernier ne s'était étonnamment jamais préoccupé, au cours du siècle et demi écoulé depuis la création de l'institution, d'établir une échelle des sanctions disciplinaires. D'autre part, tandis que les règles encadrant la procédure disciplinaire, avaient connu une nette évolution en faveur des membres du Conseil d'Etat, entre 1824 et 1845, celles-ci ont souffert d'un certain dépérissement avec l'essor de l'inamovibilité de fait. La protection avait atteint son apogée sous la Seconde République, la loi du 3 mars 1849 prévoyant alors que les maîtres de requêtes et les auditeurs : « *(ne) peuvent être révoqués (que) par le*

²⁰⁸³ O. Dupeyroux, *op. cit.*, p. 584.

²⁰⁸⁴ CE, arrêt du 8 janvier 1969, « *A. Jacomet* », Rec. p. 14.

²⁰⁸⁵ CE Ass., arrêt du 12 juillet 1969, « *L'Etang* », Rec. p. 389.

président de la République, sur la proposition du président du Conseil d'Etat et des présidents de section, par lesquels ils sont préalablement entendus »²⁰⁸⁶. Mais dès le régime suivant, cette sûreté fut réduite à néant. Revenant à l'état du droit antérieur à 1824, la Constitution du 14 janvier 1852 et le décret organique du 25 janvier 1852, disposaient que le chef de l'Etat : « *nomme et révoque les membres du Conseil d'Etat* »²⁰⁸⁷. L'intervention de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875, sous la III^{ème} République, remit en cause le droit « césariste », sans pour autant revenir au droit « républicain ». Du reste, le degré de protection assuré par l'ordonnance du 26 août 1824, n'était même pas atteint. C'est ainsi que les conseillers d'Etat en service ordinaire, pouvaient simplement être révoqués, d'après l'article 4 de la loi constitutionnelle : « *par décret rendu en Conseil des ministres* »²⁰⁸⁸. Cette règle fut finalement reprise *in extenso* à la fin de la Seconde Guerre mondiale, par l'ordonnance du 31 juillet 1945, sous la seule réserve d'être précédée d'une proposition du garde des Sceaux²⁰⁸⁹.

Il fut paradoxalement nécessaire d'attendre le dénouement de la crise provoquée par l'arrêt « *Canal* », du 19 octobre 1962, pour voir ces difficultés partiellement résolues. Le décret du 30 juillet 1963²⁰⁹⁰, vint sensiblement améliorer les garanties d'éviction des membres du Conseil d'Etat. Une véritable échelle des mesures disciplinaires, fut d'abord instituée par son article 13. Cette disposition, dont le contenu a été repris à l'article L. 136-1 du code de justice administrative, établissait maintenant cinq degrés de sanctions : l'avertissement, le blâme, l'exclusion temporaire de fonctions dans la limite de six mois, la mise à la retraite d'office, et enfin la révocation. En outre, si la compétence disciplinaire de l'autorité de nomination, sur proposition du garde des Sceaux, était maintenue, l'article 14 prévoyait désormais l'intervention préalable d'une « *Commission consultative* ». Aujourd'hui composée en vertu de l'article R. 132-1 du code précité, du vice-

²⁰⁸⁶ Articles 18 (maîtres des requêtes) et 21 (auditeurs) de la loi du 3 mars 1849. En revanche, les conseillers d'Etat étant alors élus par l'Assemblée nationale, ceux-ci étaient, faute de dispositions contraires, irrévocables.

²⁰⁸⁷ Article 48 de la Constitution du 14 janvier 1852, et 4 du décret organique du 25 janvier 1852.

²⁰⁸⁸ Il convient ici de noter que cette règle était uniquement applicable, aux conseillers d'Etat en service ordinaire nommés en Conseil des ministres. Une procédure différente était prévue, pour les conseillers initialement élus en application de la loi du 24 mai 1872.

²⁰⁸⁹ Article 17 de l'ordonnance du 31 juillet 1945. En vertu du même article, les maîtres des requêtes pouvaient uniquement être révoqués par décret pris après avis du vice-président du Conseil d'Etat, délibérant avec les présidents de section, et sur proposition du garde des Sceaux.

²⁰⁹⁰ Décret n° 66-767 du 30 juillet 1963 relatif au statut des membres du Conseil d'Etat, JO du 1^{er} août 1963, p. 7113.

président, des présidents de section, et de six membres élus du Conseil d'Etat²⁰⁹¹, cette instance est obligatoirement consultée pour le prononcé des trois dernières sanctions. Elle est alors chargée, en application de l'article L. 136-2 alinéa 1^{er}, de rendre un avis qui *a priori* ne lie pas l'autorité de nomination. En revanche, ainsi que cela ressort de l'alinéa suivant, l'avertissement et le blâme relèvent de la seule compétence du vice-président du Conseil d'Etat. Les avancées consacrées par le décret du 30 juillet 1963, sont toutefois demeurées insuffisantes. Comme l'ont notamment expliqué Guy Canivet et Julie Joly-Hurard, le texte reste muet sur l'autorité investie du pouvoir de poursuites, les modalités de saisine de la Commission consultative, le déroulement de la procédure disciplinaire, ou encore sur le respect du contradictoire et des droits de la défense. Or, l'inamovibilité de fait semble être ici encore, la cause cette situation. Les deux auteurs le soutiennent eux-mêmes incidemment, en écrivant que : « *Ce silence se justifierait par le caractère exclusivement « symbolique » des règles disciplinaires, qui n'ont jusqu'à ce jour, jamais été appliquées* »²⁰⁹². L'ancien Premier président de la Cour de cassation et l'Universitaire, concluent alors leur développement, par un propos qui n'est pas sans rappeler la remarque faite cinquante ans plus tôt, par les Professeurs Auby et Drago. Selon eux : « *L'absence de toute indication supplémentaire laisse perplexe et l'on envisage difficilement l'extension des règles disciplinaires du Statut général de la Fonction publique aux membres du Conseil d'Etat, en raison de leur statut et du mode de gestion interne du corps* »²⁰⁹³.

2°) La relativité de la théorie européenne de l'inamovibilité de fait

540. D'aucuns estimeront peut-être que l'absence de recours juridictionnel effectif, dont a souffert le Maître des requêtes Jacomet en 1960, ne trouverait pas nécessairement d'équivalent dans le droit positif. La possibilité d'exercer une action devant le Conseil d'Etat ou la Cour de Strasbourg, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait en effet constituer un palliatif suffisant. La Cour européenne a d'une part reconnu, à l'occasion d'un arrêt « *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande* » de 2007, l'applicabilité de principe de l'article 6 § 1 de la Convention, à l'ensemble des agents publics²⁰⁹⁴. Le Conseil

²⁰⁹¹ Il s'agit de six membres élus du Conseil d'Etat : « *en activité de service ou en délégation, dont deux conseillers d'Etat en service ordinaire ou en service extraordinaire, deux maîtres des requêtes et deux auditeurs* ». Ces membres élus disposent d'un mandat de deux ans. Au-delà, le troisième alinéa de l'article R. 132-1 du code visé, dispose que le secrétaire général de l'institution assiste avec voix délibérative aux réunions de la Commission, et en tient les procès-verbaux.

²⁰⁹² G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, *op. cit.*, p. 113.

²⁰⁹³ *Ibid.*, p. 114.

²⁰⁹⁴ CEDH, arrêt du 19 avril 2007, « *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande* », Req. n° 63235/00.

d'Etat ayant admis le bénéfice de cette jurisprudence, en faveur des magistrats du siège de l'ordre judiciaire²⁰⁹⁵, il semble que son champ *ratione personae* recouvre *a fortiori*, ses propres membres. La Cour européenne est d'autre part venue consacrer l'inamovibilité, malgré le silence de la Convention, comme une condition du droit posé à l'article 6 § 1 de la Convention, d'un « *tribunal indépendant et impartial* ». Mieux encore, elle a paru faire de l'inamovibilité de fait, dès son arrêt « *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* » de 1984²⁰⁹⁶, une alternative utile à l'inamovibilité de droit.

Un membre du Conseil d'Etat qui serait aujourd'hui révoqué dans des conditions semblables à celles André Jacomet, pourrait alors, semble-t-il, invoquer la violation de son inamovibilité de fait devant le Conseil d'Etat ou la Cour européenne. Pourtant, l'efficacité d'un tel recours paraît compromise, au moins sur le plan théorique, par la relativité de cette garantie dans la jurisprudence européenne. L'inamovibilité de fait se présente effectivement dans cette dernière, comme une garantie secondaire, synonyme d'irrévocabilité, et imparfaitement compatible avec les exigences du droit à un « *tribunal indépendant et impartial* ».

541. L'inamovibilité de fait constitue de prime abord, une garantie secondaire au sein de la jurisprudence de la Cour européenne, dans la mesure où elle apparaît à la fois comme un substitut subalterne à l'inamovibilité de droit, et un simple « *usage* » dépourvu de valeur juridique. Concernant le premier aspect, la Cour européenne ne place effectivement pas les inamovibilités de droit et de fait, sur un plan d'égalité. La première possède *a priori* rang de principe, tandis que la seconde fait figure d'exception. Cette idée a été affirmée dès l'arrêt « *Campbell et Fell* » précité, dans lequel la Haute juridiction a pris soin de préciser que : « *L'absence de consécration expresse en droit n'implique pas en soi, un défaut d'indépendance du moment qu'il y a reconnaissance de fait et que les autres conditions nécessaires se trouvent réunies* »²⁰⁹⁷. Ainsi, l'inamovibilité de fait suppose d'être invoquée, tant par le requérant que par le défendeur, seulement à défaut d'une inamovibilité de droit. Cette inégalité se trouve en outre renforcée, ainsi que cela ressort de l'énoncé précédent, par l'absence de rapport d'équivalence entre les deux garanties. Si l'inamovibilité de fait est susceptible de compenser la carence d'une inamovibilité de droit, c'est uniquement à condition que « *les autres conditions* » d'indépendance « *nécessaires* » soient remplies. La Cour s'est enfin prononcée implicitement, pour la reconnaissance d'une inamovibilité de droit par les Etats parties à la Convention, afin

²⁰⁹⁵ CE, arrêt du 12 décembre 2007, « *M. S.* », AJDA, 5 mai 2008, pp. 932-934.

²⁰⁹⁶ CEDH, arrêt du 28 juin 1984, « *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* », Req. n° 7819/77 et 7878/77.

²⁰⁹⁷ *Ibid.*, § 80.

d'assurer le respect de l'article 6 § 1. La Juridiction a plus précisément jugé, dans son arrêt « *Cooper c. RU* » de 2003, qu'une protection expresse : « *serait préférable puisque l'existence en droit interne d'une clause à cet effet est en général considérée comme le corollaire de l'indépendance des juges* »²⁰⁹⁸.

La préférence marquée par la Cour, paraît trouver une explication dans le défaut de caractère proprement normatif de cette inamovibilité de fait. Dans ses divers arrêts, la Haute juridiction européenne ne s'attache pas à découvrir dans l'ordre juridique interne de l'Etat partie au litige, une inamovibilité de « *droit non écrit* » des membres des juridictions dont elle apprécie l'indépendance et l'impartialité au regard de l'article 6 § 1. Elle ne cherche pas non plus à consacrer elle-même, une telle garantie à son échelon. La Cour semble plus simplement se contenter de constater l'existence, en droit interne, d'usages assurant cette inamovibilité de fait. Cette idée ressort notamment de l'arrêt « *Sacilor Lormines* », par lequel la Cour européenne a estimé que : « *L'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat...se trouve garantie en pratique, tout comme est assurée leur indépendance, par des usages anciens* »²⁰⁹⁹. Mieux encore, amenée à statuer sur l'indépendance des présidents des cours martiales britanniques, le Cour a reçu dans plusieurs affaires l'argument tiré de leur inamovibilité de fait, dès lors qu'il apparaît : « *qu'aucun (d'eux) n'a jamais été démis de ses fonctions* »²¹⁰⁰. Or, comme le souligne la doctrine, le terme « *usage* » désigne : « *une « pratique » propre à un groupe social, c'est-à-dire un simple comportement habituel* »²¹⁰¹. Il renvoie en conséquence à un simple état de fait, dont le passage au stade de la juridicité est subordonné à l'existence complémentaire d'une *opinio juris*. C'est seulement lorsque cette dernière apparaît de manière explicite, ou est implicitement révélée par le juge qui énonce l'usage sous forme normative, que l'usage concerné rejoint un état de droit. Faute de répondre à l'une de ces deux hypothèses, l'usage devrait non seulement rester cantonné à un état de fait, mais le juge devrait également se refuser à en sanctionner la violation²¹⁰². La transposition de cette réflexion à l'inamovibilité de fait reconnue dans la jurisprudence européenne, conduit alors à en relativiser la portée. En cas de manquement à son inamovibilité, le requérant ne pourrait pas a

²⁰⁹⁸ CEDH, arrêt du 16 décembre 2003, « *Cooper c/ Royaume-Uni* », Req. n° 48843/99, § 118.

²⁰⁹⁹ CEDH, arrêt du 9 novembre 2006, « *Sacilor Lormines c/ France* », Req. n° 65411/01, § 65.

²¹⁰⁰ Voir notamment : CEDH, arrêt du 26 février 2002, « *Morris c/ Royaume-Uni* », Req. n° 38784/07, § 68 ; CEDH, arrêt du 16 décembre 2003, « *Cooper c/ Royaume-Uni* », Req. n° 48843/99, § 118.

²¹⁰¹ G. Teboul, *op. cit.*, p. 5.

²¹⁰² G. Teboul, *op. cit.*, pp. 5, 11-12, 14-15, et 124 ; G. Paisant, *Rapport introductif*, in G. Paisant, (dir.), *op. cit.*, p. 21.

priori dénoncer cette violation en tant telle devant la Cour européenne, en vue d'obtenir le respect de cette garantie. La sanction ne concernerait pas la violation du simple fait juridique constitué par l'inamovibilité de fait, mais celle beaucoup plus large de l'exigence d'indépendance requise par l'article 6 § 1.

542. La relativité de l'inamovibilité de fait telle que dégagée dans la jurisprudence européenne, résulte en second lieu de son caractère excessif. Elle est présentée comme un synonyme d'irrévocabilité, ce qui ne va pas sans susciter certaines difficultés au regard de l'expérience passée de certains Etats parties, comme la France, ainsi que de leur organisation juridictionnelle. L'établissement de cette relation entre les deux garanties, ressort tout particulièrement de la jurisprudence de la Cour, concernant le respect des exigences de l'article 6 § 1 par les cours martiales de l'armée britannique. Deux arrêts méritent plus précisément d'être examinés. Dans le premier, « *Morris c/ RU* » du 26 février 2002, le requérant militaire contestait la composition des cours martiales de l'armée de terre. En vertu de l'article 84D d'une loi de 1955, celles-ci comprenaient quatre membres, parmi lesquels un président permanent, un *judge advocate*, et deux officiers en activités comptant au moins deux ans d'expérience militaire. Une des critiques énoncées par le requérant, concernait plus spécialement le défaut d'inamovibilité de droit du président permanent, pendant la durée de son mandat. Mais la Cour européenne, après avoir rappelé la formule consacrée dans l'arrêt « *Campbell et Fell* », devait reprendre un argument avancé par la cour martiale d'appel britannique, dans plusieurs de ces décisions, d'après lequel : « *même s'il n'existe aucune « garantie écrite » contre le renvoi prématuré des présidents permanents, en pratique aucun d'eux n'a jamais été démis de ses fonctions* »²¹⁰³. Dans le second arrêt, « *Cooper c/ RU* » du 16 décembre 2003, le requérant militaire dénonçait la composition de la cour martiale du district de l'armée de l'air. L'argument tiré de l'absence d'inamovibilité de droit du président permanent, était ici encore mis en exergue. La Cour européenne, s'étant de nouveau référée à sa jurisprudence « *Campbell et Fell* », et s'appuyant sur l'opinion défendue par la Chambre des Lords au lendemain de l'arrêt « *Morris* » précité, devait confirmer cette dernière solution, en soulignant : « *un président permanent n'a pas à « craindre le renvoi » et nul ne conteste qu'aucun président permanent n'a jamais été démis de ses fonctions* »²¹⁰⁴.

Or, une étape dans l'assimilation entre l'inamovibilité de fait et une irrévocabilité du même ordre, paraît avoir été franchie dès 2003. Tandis que dans les arrêts précédemment étudiés, la Cour prenait spécialement soin d'invoquer la

²¹⁰³ CEDH, arrêt du 26 février 2002, « *Morris c/ Royaume-Uni* », Req. n° 38784/97, § 68.

²¹⁰⁴ CEDH, arrêt du 16 décembre 2003, « *Cooper c/ Royaume-Uni* », Req. n° 48843/99, § 118.

position d'une autorité nationale, elle semble avoir elle-même opéré un rapprochement entre les deux garanties, à l'occasion d'un arrêt « *Grievés c/ RU* » du 16 décembre 2003. Le requérant critiquait en l'espèce, la composition des cours martiales de la marine britannique, comprenant outre un président, un *judge avocate*, et entre quatre et huit officiers en activité ayant au moins trois ans d'expérience militaire. Mais à la différence des affaires précitées, le grief portait sur l'absence d'inamovibilité de droit du président de la cour martiale, étant entendu que la fonction de président permanent n'existait pas au sein de la marine. Mais au lieu de rechercher la potentielle existence d'une inamovibilité de fait, sur la base des arguments développés par les autorités nationales, la Cour européenne a entendu la déterminer de son propre mouvement, par comparaison avec la situation des présidents permanents. Ce mode de raisonnement s'est concrètement traduit, par un considérant formulé dans les termes suivants : « *La Cour est d'avis que l'absence d'un président permanent, qui n'a pas à espérer de promotion ni à craindre le renvoi...prive les cours martiales d'un poste qui a été considéré, dans le cadre de l'armée de l'air, comme contribuant dans une mesure importante à l'indépendance d'un tribunal* »²¹⁰⁵. L'irrévocabilité apparaît dans ces conditions érigée, en étalon du régime d'inamovibilité de fait.

543. La relativité de l'inamovibilité de fait issue de la jurisprudence européenne, paraît enfin provenir d'une certaine incompatibilité, vis-à-vis de deux principes qui sous-tendent le système de la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit d'assurer respectivement, la réalité et la visibilité des droits consacrés ou impliqués par celle-ci. Le premier principe, consacré par l'arrêt « *Airey c/ Irlande* » du 9 octobre 1979, repose sur cette idée suivant laquelle : « *La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »²¹⁰⁶. Or, quatre raisons peuvent laisser à penser que l'inamovibilité de fait n'est pas en mesure de répondre à cette exigence. Elle peut tout d'abord sembler illusoire, en ce qu'elle postule une irrévocabilité de fait, et sans doute par voie d'extension, une immobilité du même ordre. L'étude de l'histoire de la justice en France, a pourtant clairement décelé les limites d'une conception « absolue » de l'inamovibilité. Si celle-ci apparaît adaptée, quand le juge jouit d'un mandat d'une durée déterminée et raisonnable, il en va différemment lorsqu'il s'inscrit dans un processus de carrière, ou quand il fait l'objet d'une désignation à vie. Dans ces deux dernières hypothèses, l'inamovibilité est potentiellement susceptible d'évoluer, du statut de sûreté contre l'arbitraire politique, à celui de cible pour le Pouvoir et l'Opinion. L'inamovibilité de fait est également susceptible de se

²¹⁰⁵ CEDH, arrêt du 16 décembre 2003, « *Grievés c/ Royaume-Uni* », Req. n° 57067/00, § 81.

²¹⁰⁶ CEDH, arrêt du 9 octobre 1979, « *Airey c/ Irlande* », Req. n° 6289/73, § 4.

révéler illusoire, en tant qu'elle renvoie à un simple état de fait. Son antinomie par rapport à l'impératif de droits effectifs, ressort avec d'autant plus de force, qu'elle est supposée constituer une alternative à l'inamovibilité de droit. Plus précisément, s'il est vrai qu'elle ne se révèle pas un palliatif suffisant, elle peut toutefois s'avérer une alternative durable, puisque la Cour européenne n'exige pas des Etats parties qu'ils consacrent une inamovibilité de droit, afin de satisfaire aux exigences de l'article 6 § 1.

« Illusoire » par certains de ses aspects, l'inamovibilité de fait peut en outre sembler « théorique », sous deux autres. La référence à cette sûreté conduit, d'une part, à minorer l'importance qui s'attache à l'institution de garanties expresses et concrètes en matière d'éviction. C'est ainsi qu'au cours de la période séparant l'arrêt « *Kress* » du 7 juin 2001, et l'arrêt « *Sacilor Lormines* » du 9 février 2007, la France s'est abstenue d'apporter des améliorations dans ce domaine, au statut des membres du Conseil d'Etat. Il a semblé à chaque fois suffisant au gouvernement, de préciser que ce statut : « *est moins défini par les textes que garanti par la pratique* »²¹⁰⁷. L'inamovibilité de fait souffre d'autre part d'une réelle imprécision, concernant la durée nécessaire à son constat. Dans sa jurisprudence relative au président permanent des cours martiales britanniques, le Cour européenne s'est contentée de souligner que celui-ci n'avait « *jamais* » été révoqué. Dans son arrêt « *Sacilor Lormines* », la Haute Juridiction a de la même façon fait découler cette sûreté d'usages « *anciens* », pour les membres du Conseil d'Etat. Cette imprécision conduit nécessairement à se demander, comment la Cour appréhenderait la violation récente d'une inamovibilité de fait. Elle serait en toute logique amenée à constater la cessation de celle-ci, et à statuer sur le fait de savoir si un délai suffisant s'est écoulé depuis lors, pour la faire renaître.

Le second principe qui soutient la Convention européenne des droits de l'homme, est la théorie de l'apparence. Notamment dégagée à l'occasion de l'arrêt « *Campbell et Fell* » précité, celle-ci résulte d'une reprise de l'aphorisme énoncé par Lord Chief Justice Hewart, dans une décision de la Chambre des Lord de 1924, selon lequel : « *It is not merely of some importance, but of fundamental importance that justice must not only be done, but manifestly and undoubtedly seen to be done* »²¹⁰⁸. Ainsi que l'a souligné la Cour européenne, Cette théorie a vocation à s'appliquer y compris aux garanties d'éviction reconnues aux juges, dans le droit interne des Etats

²¹⁰⁷ CEDH, arrêt du 7 juin 2001, « *Kress c/ France* », Req. n° 39594/98, § 34 ; CEDH, arrêt du 9 novembre 2006, Req. n° 65411/01, § 34.

²¹⁰⁸ Chambre des Lords, arrêt de 1924, « *R. v. Sussex Justices* ». Cité in S. Gandreau, *La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law*, RDP, n° 2, 2005, p. 321.

parties. Selon celle-ci : « ...pour déterminer si un organe peut passer pour indépendant – notamment à l’égard de l’exécutif et des parties -, la Cour a égard...à la durée du mandat des membres, à l’existence de garanties contre les pressions extérieures et au point de savoir s’il y a ou non apparence d’indépendance »²¹⁰⁹. Or, s’il est vrai que depuis un revirement partiel de 1989²¹¹⁰, cette apparence fait l’objet d’une appréciation concrète et objective, et non plus abstraite et subjective, l’inamovibilité de fait reconnue par la Cour européenne n’en soulève pas moins un problème de compatibilité à son égard. La circonstance prise en compte pour le constat de cette garantie, qu’aucun juge n’a jamais été révoqué au cours d’un passé plus ou moins lointain, ne préjuge pas toujours de l’avenir. L’affaire « *Jacomet* » l’a illustré en France avec une singulière ironie, en révélant que même une inamovibilité de fait réputée avoir acquis une force « *coutumière* », n’est jamais à l’abri d’un potentiel « coup de sang » du Pouvoir politique. Il semble dès lors, s’agissant du cas français, qu’un « *justiciable non rompu aux arcanes de la justice administrative* », pourrait « *naturellement avoir tendance à considérer* »²¹¹¹ comme un défaut d’indépendance, une inamovibilité de fait non soutenue par des garanties expresses en matière d’éviction. Ce sentiment pourrait mieux encore, être partagé par les justiciables « *rompus aux arcanes* » de cette justice, conscients des vicissitudes passées de cette sûreté.

B . Une garantie conditionnée par une inamovibilité de droit

544. Bien que synonyme d’irrévocabilité et *a priori* de pérennité, l’inamovibilité de fait ne saurait constituer une garantie suffisante, à défaut de traduire une reconnaissance explicite par le Pouvoir politique. La situation qui est celle des membres du Conseil d’Etat, n’est pas sans susciter une certaine réserve à cet égard (**1°**), et ce à plus forte raison qu’elle s’inscrit paradoxalement à rebours de celle des juges supérieurs au sein des pays de droit non-écrit (**2°**).

1°) Une garantie de fait méconnue par les Pouvoirs publics français

545. Dans son manuel de *Contentieux administratif*, le Professeur Chapus justifie l’inutilité d’une inamovibilité de droit des membres du Conseil d’Etat, en

²¹⁰⁹ CEDH, arrêt du 28 juin 1984, « *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* », Req. n° 7819/77 et 7878/77, § 78.

²¹¹⁰ CEDH, arrêt du 24 mai 1989, « *Hauschildt c/ Danemark* », Req. n° 10486/83, § 48.

²¹¹¹ Cette formule a été appliquée par la Cour européenne, dans son arrêt « *Kress c/ France* », à propos de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré, au sein des formations contentieuses du Conseil d’Etat. Voir : CEDH, arrêt du 7 juin 2001, « *Kress c/ France* », Req. n° 39594/98, § 81.

expliquant que l' « *extrême réserve* » dont fait preuve le Pouvoir vis-à-vis de ces dernier, résulte d'une : « *tradition telle qu'elle est plus protectrice que ne le seraient les meilleurs textes* »²¹¹². Cette affirmation se trouve corroborée par une large majorité de la doctrine, qui tend à mettre en exergue, cette image d'une garantie rarement, sinon jamais transgressée en période normale. Les Professeurs Auby et Drago ont ainsi eu à cœur de soutenir, dans les trois éditions de leur *Traité de contentieux administratif*, que : « *Sauf malheureusement pendant les périodes exceptionnelles, l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat n'a jamais été violée par aucun gouvernement* »²¹¹³. Tous les auteurs ne vont cependant pas aussi loin, et admettent que cette garantie a pu faire l'objet de quelques entorses au cours de l'histoire. Mais à en croire le Professeur Chapus et un certain adage populaire, cette lecture aurait essentiellement vocation à atteindre un résultat similaire. Comme le précise l'Universitaire, à propos de la tradition de réserve précédemment évoquée : « *on s'étonnerait sans doute si elle n'avait jamais subi quelques accrocs* »²¹¹⁴. Un consensus doctrinal paraît alors implicitement se former, autour de la reconnaissance de deux cas de révocation. Pour l'auteur : « *on ne compte que deux affaires de révocation...pour cause de divergences de vue avec le gouvernement : - en 1852, « l'affaire Reverchon »... ; - en 1960, « l'affaire Jacomet »* »²¹¹⁵. Hugues Le Berre écrit dans des termes équivalents : « *on ne peut guère signaler que deux cas de révocations pour cause politique : il s'agit des affaires Reverchon de 1852 et Jacomet de 1960* »²¹¹⁶.

L'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat, construite autour des deux exceptions supposées la confirmer, rendrait dès lors superfétatoire toute action positive du Pouvoir politique destinée à la fixer dans les textes. Ce faisant, la doctrine tend, semble-t-il, à ignorer une double réalité. Tout d'abord, la retenue du Pouvoir ne saurait conduire à oublier que celui-ci s'est toujours refusé à reconnaître aux membres de l'institution, la qualité de « magistrat » et le bénéfice exprès de l'inamovibilité. Il s'est abstenu de leur accorder un statut comparable à celui des membres du Conseil constitutionnel, pourtant également chargés de fonctions consultatives. Par sa position et sa composition, le Conseil d'Etat entretient la méfiance : placé en dehors de l'administration active, il reste un « *organe du pouvoir*

²¹¹² R. Chapus, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, 13^e éd., 2008, p. 52.

²¹¹³ J.-M. Auby, R. Drago, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 1962, p. 169, 2^e éd., 1975, p. 187, 3^e éd., 1984, p. 252.

²¹¹⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, 13^e éd., 2008, p. 54.

²¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 54-55.

²¹¹⁶ H. Le Berre, *op. cit.*, p. 43.

exécutif » ; ouvert aux échanges avec l'administration et le Pouvoir, il demeure composé de « *techniciens du droit* ». A défaut d'être palliée par une inamovibilité de droit, cette ambivalence place constamment les membres du Conseil d'Etat en porte-à-faux vis-à-vis du Pouvoir. C'est ainsi qu'au moment de l'affaire des « *Biens d'Orléans* », en 1852, qui aboutit à l'éviction d'Emile Reverchon, le Prince-Président devait déclarer : « *Je respecte l'indépendance des magistrats... Messieurs les conseillers d'Etat ne sont pas des magistrats, ce sont des hommes politiques* »²¹¹⁷. Dans un autre sens, lorsque survinrent les affaires « *religieuses* » en 1881, le Président du Conseil Gambetta aurait affirmé : « *Si le Conseil d'Etat me donne tort, je le changerai, j'ai assez des légistes, de commentateurs et des commentateurs* »²¹¹⁸. A partir de cette approche, la pratique de l'inamovibilité de fait depuis la fin du Second Empire, s'est finalement révélée assez éloignée de l'image donnée par la doctrine majoritaire. Il serait sans doute excessif de soutenir, comme l'a fait Marc Gjidara dans sa thèse de doctorat, que cette garantie : « *ne fut pas plus respectée en temps ordinaire de paix ni sous la République que dans les périodes de crise* »²¹¹⁹. Pour autant, l'étude de l'inamovibilité de la Première Restauration jusqu'à aujourd'hui, montre que les hypothèses d'éviction du Conseil d'Etat, en dehors des périodes de crise ou de changement de régime, ne sauraient se résumer à cet « *idéal* » des seules affaires « *Reverchon* » et « *Jacomet* ».

546. Pendant la période précédant l'affaire « *Reverchon* », bien que la stabilité des membres du Conseil fut rétrospectivement regardée comme « *assez grande* »²¹²⁰, l'éviction fut loin de constituer une hypothèse d'école. Les cas de révocation se révélèrent en premier lieu, relativement fréquents pendant la première décennie de la Restauration. Le procédé le plus commun devait reposer sur l'exclusion du Conseil d'Etat, du fait de la non-inscription sur la liste annuelle des conseillers en service ordinaire. Mise en place au début du Consulat, cette technique avait été reprise par l'ordonnance du 23 janvier 1815, dont l'article 5 disposait : « *au 1^{er} janvier de chaque année, notre garde des sceaux soumettra à notre approbation le tableau de ceux des conseillers d'Etat et de nos maîtres des requêtes qui devront*

²¹¹⁷ Propos prêtés à Louis-Napoléon Bonaparte, alors Prince-Président sous la République décennale. Extrait d'une lettre adressée par le Conseiller d'Etat Léon Cornudet, à l'Académicien Charles de Montalembert, novembre 1852, *Correspondance Montalembert*, Paris, 1905, p. 312. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 491.

²¹¹⁸ Propos prêtés à Léon Gambetta, alors Président du Conseil sous la III^{ème} République. Extrait d'une lettre adressée par le Conseiller d'Etat Paul Cambon à son épouse, décembre 1881, *Correspondance (1870-1924)*, t. 1, Grasset, Paris, 1940, pp. 143-144. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 612.

²¹¹⁹ M. Gjidara, *op. cit.*, p. 408.

²¹²⁰ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 245.

être mis en service ordinaire ». Possédant l'avantage de son caractère indolore, cette disposition fut régulièrement utilisée au cours des dix années suivantes. C'est ainsi que la parenthèse comprise entre 1822 et 1824, vit l'éviction de quinze conseillers d'Etat²¹²¹. Le second procédé mis en œuvre, avant l'intervention de l'ordonnance du 26 août 1824, fut celui de la révocation directe. Celle-ci devait toucher en 1820, quatre conseillers d'Etat appartenant au courant « *doctrinaire* », à savoir François Guizot, Pierre-Paul Royer-Collard, Camille Jordan et Prosper de Barante. L'exclusion se voulait alors particulièrement violente, notamment en raison de la faiblesse du formalisme l'entourant. La lettre adressée par le Garde des Sceaux de Serre au Conseiller Guizot, le 17 juillet 1820, apparaît à cet égard significative : « *J'ai le regret d'avoir à vous annoncer que vous avez cessé de faire partie du Conseil d'Etat. L'hostilité violente dans laquelle, sans l'ombre d'un prétexte, vous vous êtes placé dans ces derniers temps contre le gouvernement du Roi a rendu cette mesure inévitable* »²¹²².

La Monarchie de Juillet et la Seconde République ont pu apparaître, au regard du régime précédent, relativement respectueuses de la jeune inamovibilité de fait. Cependant, cette situation s'explique en partie par la sévérité avec laquelle ces deux régimes ont entrepris de contrôler l'opinion des membres du Conseil, au moment du recrutement. Sous la Monarchie de Juillet, l'obligation faite aux candidats de prêter un serment politique, en vertu de l'ordonnance du 20 août 1830²¹²³, était normalement de nature à prévenir un recours *a posteriori* à des mesures coercitives contre les membres déjà installés. Lors de la Seconde République, la consécration du système électif permit de la même façon, de procéder à un renouvellement intégral des conseillers d'Etat, un an après que l'institution ait été épurée, en application du décret du 12 mars 1848. La mise en œuvre de l'article 72 de la Constitution du 4 novembre 1848²¹²⁴, conduisit en effet à faire élire tous les conseillers d'Etat par l'Assemblée constituante, le 18 avril 1849, et à soumettre de nouveau la moitié des

²¹²¹ En 1822 : d'Argout, Augier, Forestier, Froc de Boualye, Pichon et Ramond. En 1823 : de Broglie, Dumas, d'Hauterive, Hély d'Oissel, Mounier et Ricard. En 1824 : de Berthier, Duplex de Mézy et Zangiacomi.

²¹²² Extrait de la lettre de révocation adressée à François Guizot, par le Garde des Sceaux Pierre de Serre, 17 juillet 1820. Voir : F. Guizot, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, t. 1, Michel Levy frères, 1864, Paris, pp. 471 sq. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 250.

²¹²³ Article 14 de l'ordonnance du 20 août 1830 : « *Les membres du Conseil d'Etat prêteront entre les mains du président du Conseil d'Etat le serment de fidélité au Roi, obéissance à la Charte constitutionnelle et aux lois du royaume* ».

²¹²⁴ Article 72 de la Constitution du 4 novembre 1848 : « *Les membres (du Conseil d'Etat) sont nommés pour six ans par l'Assemblée nationale. Ils sont renouvelés par moitié, dans les deux premiers mois de chaque législature...* ».

sièges au suffrage de l'Assemblée nationale, le 4 juillet suivant. Dans ces circonstances, du fait de la brièveté du régime, et en raison du mode de révocation des conseillers d'Etat, il semble qu'aucun d'eux n'ait été évincé avant le coup d'Etat du 2 décembre 1851.

Les premières années de la Monarchie de Juillet furent en revanche marquées, en dépit des précautions prises, par cinq évictions directes²¹²⁵. Une ordonnance du 1^{er} avril 1831 vint ainsi révoquer les Conseillers d'Etat Odilon Barrot et Alexandre de Laborde. Il leur était reproché de s'être affiliés à l'Association patriotique du département de la Seine, en violation de la circulaire « *Casimir Périer* » du 24 mars 1831, interdisant aux fonctionnaires d'adhérer aux associations dites « *nationales* ». Le maître des requêtes Jean-Jacques Coulmann, fut quant à lui révoqué par une ordonnance du 22 juin 1832, pour avoir signé le « *Compte-rendu* » de l'opposition parlementaire du 28 mai 1832. La révocation du Conseiller d'Etat Jean-Jacques Baude intervint l'année suivante, par une ordonnance du 5 mars 1833. En sa qualité de député, il avait soutenu lors d'une discussion budgétaire, un amendement destiné à annuler les pensions versées au titre des services rendus, sous la Révolution, dans la Vendée royale et l'Emigration. Enfin, une ordonnance du 24 juillet 1837 vint démissionner contre son gré le Conseiller d'Etat Pierre Denis-Lagarde, tout en l'admettant à faire valoir ses droits à la retraite. Cette mesure fut toutefois vivement critiquée, dans la mesure où elle n'avait pas vocation à sanctionner une opinion politique, mais à permettre la réintégration dans le service ordinaire, du Conseiller Baude pourtant révoqué quatre ans auparavant²¹²⁶. Elle apparaissait comme la plus pure expression du fait du prince.

547. La seconde période, à l'occasion de laquelle survint la révocation du Maître des requêtes Reverchon, recouvre la République décennale et le Second Empire. Aucune éviction ne semble être intervenue entre les mois de décembre 1852 et de septembre 1870, c'est-à-dire pendant l'intégralité de la phase impériale. Cet état de fait s'explique en partie, comme sous la Monarchie de Juillet, par l'obligation faite aux candidats au Conseil, de prêter un serment politique avant leur entrée en fonctions. Mais bien que cette condition ait été imposée dans le mois suivant le coup d'Etat du 2 décembre 1851, par la Constitution du 14 janvier 1852²¹²⁷, force est de constater que la République décennale connut pour sa part, une vague d'éviction

²¹²⁵ M. Bouvet, *Le Conseil d'Etat sous la Monarchie de Juillet*, LGDJ, Bibliothèque de science administrative, Paris, 2001, p. 114-115 et 117.

²¹²⁶ Voir pour des développements supplémentaires : M. Bouvet, *op. cit.*, p. 117.

²¹²⁷ Article 14 de la Constitution du 14 janvier 1852 : « - Les...membres...du Conseil d'Etat...prêtent le serment ainsi conçu : - « Je jure obéissance à la Constitution et fidélité au Président [Empereur] » ».

d'une rare intensité. Ce qui reste pour le Conseil d'Etat l'affaire des « *Biens d'Orléans* », et qui dépasse très largement le « *mythe* » forgé par la doctrine, de la seule affaire « *Reverchon* », s'est en outre singularisé par le moment de sa survenance. Le Conseil d'Etat de la Seconde République avait été dissous peu de temps auparavant, et un décret du 25 janvier 1852 venait de fixer la composition de la nouvelle institution impériale.

L'affaire trouve son origine dans deux décrets du 22 janvier 1852, par lesquels le Prince-Président décidait la confiscation des biens appartenant en France, aux membres de la Maison d'Orléans. Un troisième décret du 27 mars 1852 pris pour assurer l'exécution des précédents, ordonna la mise en vente de deux domaines figurant parmi les biens visés. Le Service des domaines ayant pris possession des biens par la force, la famille d'Orléans engagea une action devant le tribunal de la Seine, le 13 avril suivant. Deux jours plus tard, et à la demande du gouvernement, le préfet de la Seine déclina la compétence de l'autorité judiciaire, en application de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828. La juridiction judiciaire ayant néanmoins décidé de statuer sur le litige, par un jugement du 23 avril 1852, le préfet devait alors élever le conflit d'attribution devant le Conseil d'Etat²¹²⁸, par un arrêté du 28 avril. L'affaire fut confiée au Président de la Section du contentieux, Charles Maillard. Celui-ci chargea le Conseiller d'Etat Léon Cornudet, des fonctions de rapporteur, et le maître des requêtes Emile Reverchon, de celles de commissaire du gouvernement. La décision d'élever le conflit se voulait éminemment politique, comme devait le souligner plus tard le Prince-Président : « *il s'agissait précisément d'empêcher les magistrats de connaître d'une affaire dont ils ne devaient pas connaître... tout ce qui concerne la fortune des souverains et des familles souveraines ne peut être apprécié par les tribunaux et doit être réglé politiquement* »²¹²⁹. Or, le Président Maillard était réputé inflexible sur le droit de propriété privée, qu'il estimait relever de la seule compétence du juge judiciaire, et il devint bientôt « *évident... que la majorité de l'Assemblée du Conseil au Contentieux adopterait ce point de vue* »²¹³⁰. Le 7 juin, soit cinq jours avant la date initialement prévue pour l'audience publique, le Vice-président de l'institution reçut Emile Reverchon afin de le sonder sur le sens de ses conclusions. Pierre-Jules Baroche devait d'abord lui rappeler qu'il : « *y avait dans*

²¹²⁸ Le Conseil d'Etat exerçait alors les fonctions de tribunal des conflits, en application de l'article 1^{er} du décret organique du 25 janvier 1852 : « *Le Conseil d'Etat propose les décrets qui statuent... sur les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire* ».

²¹²⁹ Propos prêtés à Louis-Napoléon Bonaparte, alors Prince-Président sous la République décennale. Extrait d'une lettre adressée par le Conseiller d'Etat Léon Cornudet.... Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 491.

²¹³⁰ V. Wright, *Le Conseil d'Etat et l'affaire de la confiscation des biens d'Orléans en 1852*, EDCE, n° 21, 1968, p. 234.

cette affaire autre chose qu'une question de compétence et de légalité...il y avait avant tout une question politique, et c'était de ce point de vue que l'affaire devait être jugée »²¹³¹. Le Maître des requêtes ayant fait connaître son intention de ne pas conclure en faveur de l'arrêté du préfet, le Vice-président le mit en garde contre une « *conduite (qui) pourrait bien être prise pour un acte d'agression* »²¹³², et choisit de le dessaisir du dossier. Dès le lendemain, l'affaire fut effectivement confiée par le Président de Section, au Maître des requêtes Pierre Maigne. L'Assemblée du Conseil se réunit finalement le 15 juin, et la délibération aboutit à un résultat de huit voix contre huit. Le suffrage prépondérant du Vice-président, assura toutefois une majorité à l'opinion gouvernementale.

Mécontent d'un scrutin si difficilement acquis, le gouvernement entendit sanctionner plusieurs des membres du Conseil d'Etat ayant pris position contre la compétence du juge administratif. Emile Reverchon et Léon Cornudet furent tout simplement révoqués, par décrets du 31 juillet 1852. Le même jour, le Président Maillard fut invité à démissionner, ce qu'il apprit à la lecture du *Moniteur*, sous peine de révocation. Enfin, le Conseiller d'Etat Charles Giraud fut remplacé et appelé aux fonctions d'inspecteur général de l'Université, entraînant tout à la fois une sortie du Conseil d'Etat, une baisse de sa position hiérarchique, et une diminution significative de traitement. Ce dernier tomba notamment de vingt-cinq mille à cinq mille quatre-cents francs, lors de sa nomination dans le courant de la même année, à la chaire de droit romain de Paris²¹³³. Ces évictions prononcées « *pour l'exemple* », auraient cependant pu se révéler plus nombreuses, si le Prince-Président avait choisi de suivre les conseils de son Ministre de la guerre, Le Roy de Saint-Arnaud. Dans une lettre adressée à son frère, alors Conseiller d'Etat, celui-ci écrivait : « *J'ai demandé hautement l'expulsion du Conseil d'Etat de six membres au moins : Maillard, vieille bête rusée, en retraite ; Giraud, mauvaise bête, lâche et faux, et Suin appelés à d'autres fonctions. Reverchon, Cornudet, Vuitry exclus. Je ne regretterais que Vuitry qui est capable* ». Et le Ministre ajoutait encore : « *Est-ce que Marchand n'a pas aussi trempé dans la pâte de la brioche ? J'en serais fâché* »²¹³⁴. Seul un certain pragmatisme politique devait conduire Louis-Napoléon Bonaparte à la retenue. Dans une lettre à son ministre, datée du 26 juin 1852, il écrivait : « *J'ai*

²¹³¹ E. Reverchon, *Les décrets du 22 janvier 1852*, Paris, 1871, pp. 53-62. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 488.

²¹³² *Ibid.*, pp. 488-489.

²¹³³ V. Wright, op. cit., p. 236.

²¹³⁴ E. Quatrelles l'Epine, *Le Maréchal de Saint-Arnaud, d'après sa correspondance et des documents inédits*, t. 2, Plon, Paris, 1929, p. 195. Cité in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 490.

*bien été tenté de faire ce que vous me conseillez au sujet du Conseil d'Etat, mais, après réflexion faite, j'ai pensé qu'il valait mieux attendre »*²¹³⁵. Au-delà, il convient de prendre en considération l'importance des démissions volontaires, consécutives à la parution des décrets du 22 janvier 1852. Cette publication intervenue le jour même où fut dressée la liste des personnalités composant le nouveau Conseil d'Etat, entraîna en effet, le retrait des opposants les plus farouches à la confiscation des biens d'Orléans. Sur cent-quinze inscrits, étaient concernées non moins de vingt-neuf personnes, parmi lesquelles deux présidents de section, le secrétaire général de l'institution, neuf conseillers d'Etat et sept maîtres des requêtes. Dans l'hypothèse où ces personnalités ne se seraient pas désistées d'elles-mêmes, dès le début de l'affaire, il est raisonnablement possible de penser que le nombre d'évictions directes aurait au final, largement excédé les quatre unités précitées. Comme a pu l'estimer le Professeur Wright, l'affaire eut pour conséquence : *« le renouvellement des hommes ; aux vingt-neuf qui démissionnèrent en janvier s'ajoutent les quatre démis de leurs fonctions en juillet. Le changement affecta les titulaires de trois présidences de section, de douze postes de conseillers d'Etat, de huit maîtres de requêtes, de dix auditeurs, celui du secrétaire général »*²¹³⁶.

548. La dernière période, qui fut marquée par la révocation du maître des requêtes Jacomet en 1960, recouvre les trois Républiques qui se sont succédées depuis la chute du Second Empire. Si la IV^{ème} République n'a connu, semble-t-il, aucune éviction ou menace d'éviction, il en est allé différemment des deux autres régimes.

La III^{ème} République s'est pour sa part caractérisée, par un nombre important d'évictions indirectes, en dépit de la double épuration dont a fait l'objet le personnel du Conseil d'Etat, en 1870 et en 1879. A cet égard, trois procédés principaux sont susceptibles d'être évoqués. Le premier reposait sur les démissions volontaires, impliquées par les orientations politiques du Pouvoir. C'est ainsi que l'épuration des 14 et 15 juillet 1879, destinée à *« republicaniser »* l'institution, engendra, au-delà des démissions effectivement décidées, une importante vague de retraits. La plupart des conseillers d'Etat, cinq maîtres des requêtes, et sept auditeurs démissionnèrent dans les jours suivants, de sorte qu'à la fin du mois de juillet : *« trois conseillers seulement sur ceux qui siégeaient au Conseil avant le quatorze juillet demeuraient en fonctions »*²¹³⁷. De la même façon, la publication des décrets du 29 mars 1880 sur les

²¹³⁵ E. Quatrelles l'Epine, *Le Maréchal de Saint-Arnaud...*, t. 2, *op. cit.*, p. 194. Cité in V. Wright, *op. cit.*, p. 236.

²¹³⁶ V. Wright, *op. cit.*, p. 237.

²¹³⁷ L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 589.

congrégations religieuses, entraîna le retrait du maître des requêtes Chauffard, et la parution de la loi du 22 juin 1886 sur l'expulsion des princes d'Orléans, se traduisit par celui des Maîtres des requêtes Gomel et Hély d'Oissel²¹³⁸. Le second procédé résidait dans le faible niveau de traitement accordé aux auditeurs et aux Maîtres des requêtes, étape initialement incertaine vers un poste de Conseiller d'Etat. Alexis Charles de Loménie et Albert Vandal quittèrent ainsi l'institution en 1885 et 1887, respectivement six et dix ans après avoir été nommés auditeurs, faute d'avoir obtenu l'avancement escompté²¹³⁹. Plusieurs démissions survinrent encore dans les années précédant la Première Guerre mondiale, et le Professeur Rolland écrivait en 1913, que : « *les auditeurs et les maîtres des requêtes, désespérant d'arriver jamais au poste de conseiller d'Etat, obligés cependant de vivre et de faire vivre les leurs, abandonnaient le Conseil pour entrer dans des entreprises privées* ». L'auteur ajoutait alors : « *Le Conseil a ainsi perdu, durant ces dernières années, quelques-uns de ses membres les plus considérables* »²¹⁴⁰. Les douze années suivant la Grande Guerre, furent marquées pour les mêmes raisons, par une vingtaine de démissions d'auditeurs et de maîtres des requêtes. La déperdition avait alors atteint une telle proportion, que le Vice-président Théodore Tissier choisit de s'en ouvrir directement au garde des Sceaux, lors de deux allocutions prononcées les 21 décembre 1929 et 24 décembre 1930. Enfin, le dernier procédé devait consister dans les compressions budgétaires. Il semble que le mécanisme n'ait été utilisé qu'à une seule occasion, en 1934, mais 10% de l'effectif total fut alors touché. Plus précisément, onze postes furent supprimés, conduisant à la mise à la retraite d'un président de section, de cinq conseillers d'Etat et de trois maîtres des requêtes.

A la différence de la III^{ème} République, et sous réserve de la révocation d'André Jacomet, la V^{ème} République s'est essentiellement caractérisée par des menaces d'éviction. C'est ainsi qu'au moment de la crise provoquée par l'arrêt « *Canal* », l'institution d'une Commission de réforme du Conseil d'Etat, avait pu laisser présager l'adoption de mesures de rétorsion à l'encontre de ses membres. L'instance préconisa ainsi l'obligation pour les conseillers d'Etats, de solliciter par deux fois avant la limite d'âge, à soixante et soixante-cinq ans, le renouvellement de leurs fonctions²¹⁴¹. Elle suggéra de la même manière, de rétablir la règle de l'avancement au choix, en confiant à une commission consultative établie près le vice-président, la faculté de proposer l'accession ou non d'un maître des requêtes, au

²¹³⁸ *Ibid.*, 638.

²¹³⁹ *Ibid.*, p. 627.

²¹⁴⁰ L. Rolland, RDP, 1913, pp. 728-729. Cité in *ibid.*, p. 718.

²¹⁴¹ Voir l'analyse du rapport de la Commission de réforme du Conseil d'Etat, donnée dans le journal *Le Monde* du 18 mai 1963. Reproduite in *ibid.*, p. 912.

grade de conseiller d'Etat²¹⁴². Si ces mesures ne furent finalement pas reprises par le décret du 30 juillet 1963²¹⁴³, le seul fait qu'elles aient été envisagées, suffit semble-t-il, à en souligner la portée. La menace ayant paru suffire, et soucieux de faire preuve de clémence au lendemain d'un référendum victorieux, le Pouvoir a privilégié des mécanismes plus indolores, et moins perceptibles par l'Opinion publique. L'article 25 du décret précité, a ainsi prévu la possibilité pour l'Exécutif, de mettre un membre du Conseil à la retraite d'office avant la limite d'âge, sur rapport du garde des Sceaux et après avis de la Commission consultative. Or, comme ont pu le relever les Professeurs Auby et Drago, cette disposition : « *manifeste évidemment une possibilité d'abus de la part du gouvernement* »²¹⁴⁴. Si cette compétence a été supprimée par le décret du 4 mai 2000²¹⁴⁵, le Pouvoir semble avoir trouvé un palliatif suffisant, dans le possible abaissement de l'âge légal de la retraite, et un contrôle bienveillant du Conseil constitutionnel. Ce dernier ayant été amené à statuer, dans sa décision du 12 septembre 1984, sur la réduction à soixante-cinq ans de la limite d'âge des conseillers d'Etat, il a en effet curieusement éludé l'argument des requérants parlementaires, tiré de ce que : « *Le calendrier prévu pour l'abaissement de la limite d'âge a(vait) été, dès le départ, fixé de façon plus rigoureuse pour ces corps que pour les professeurs de l'enseignement supérieur et les magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation* »²¹⁴⁶. Le Conseil s'est au final contenté d'affirmer que les dispositions concernées, « *ne méconnaissent en rien le principe d'indépendance des juridictions administratives* »²¹⁴⁷. Pourtant, faute d'un délai de mise en œuvre suffisant, une telle réduction paraît de nature, selon les termes utilisés par le Doyen Favoreu, à : « *écarter des formations de jugement un certain nombre de juges, ce qui nous paraît être...vraiment un cas-limite* »²¹⁴⁸. Le souvenir de l'affaire « *Jacomet* » conduit enfin à souligner l'existence d'une dernière menace, résultant des dispositions disciplinaires applicables aux membres du Conseil d'Etat. Ainsi que le constataient les Professeurs Auby et Drago, à propos du décret du 30 juillet 1963,

²¹⁴² M.-C. Kessler, *op. cit.*, p. 202.

²¹⁴³ Décret n° 63-767 du 30 juillet 1963 relatif au statut des membres du Conseil d'Etat, JO du 1^{er} août 1963, p. 7113.

²¹⁴⁴ J.-M. Auby, R. Drago, *op. cit.*, 2^e éd., 1975, p. 187, 3^e éd., 1984, p. 253.

²¹⁴⁵ Article 3 du décret n° 2000-388 du 4 mai 2000 relatif à la partie réglementaire du code de justice administrative (décrets en Conseil d'Etat délibérés en Conseil des ministres).

²¹⁴⁶ Requête émise par soixante députés, concernant la loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public, Moy. 2.

²¹⁴⁷ CC, décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, dite « *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public* », cons. 6.

²¹⁴⁸ L. Favoreu, *Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ?*, Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 122.

ces dispositions : « *ne permettent pas de dire si des sanctions peuvent être infligées à un membre du Conseil d'Etat en tant que tel pour faute commise dans l'exercice d'une fonction administrative* »²¹⁴⁹. Or, le maintien volontaire d'une telle lacune, non comblée lors de l'élaboration du code de justice administrative²¹⁵⁰, pourrait se révéler un instrument de rétorsion particulièrement redoutable, s'agissant d'un corps aussi ouvert que le Conseil d'Etat.

2°) Une garantie de droit reconnue dans les pays de droit non écrit

549. Sans chercher à démontrer la relativité de l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat, ni même établir une liste des violations de celle-ci, il semble que le débat sur la reconnaissance d'une inamovibilité de droit, pourrait également trouver son issue dans un raisonnement logique. Le Conseiller d'Etat Dupeyroux a effectivement souligné que l'octroi de cette garantie, peut se justifier nonobstant le point de départ de la réflexion. Selon lui : « *de deux choses l'une : ou bien la fameuse « inamovibilité de fait » de ces juges est absolue, et on voit mal quel grave inconvénient il pourrait y avoir à la convertir en une « inamovibilité de droit », ou bien cette inamovibilité de fait n'est pas absolument sûre, et, pour renforcer à la fois la réalité et la réputation de leur indépendance, il convient de lui substituer une inamovibilité véritable, c'est-à-dire « de droit »* »²¹⁵¹. Des représentants de la doctrine privatiste, peut-être habités par le doute, ont notamment paru rejoindre cette conception. Tel est le cas des Professeurs Guinchard, Montagnier, Varinard et Debard. Bien qu'ils adhèrent à cette idée d'une « *coutume séculaire* » protégeant les membres du Conseil d'Etat « *autant qu'un texte* », les auteurs nuancent leur propos, en ajoutant que cela « *ne rend pas pour autant superflu de l'inscrire dans la loi* »²¹⁵², ni « *n'ôte...son utilité à la consécration législative de cette indépendance* »²¹⁵³.

La doctrine administrativiste paraît au contraire rejeter ce raisonnement, comme cela ressort des trois éditions successives du *Traité de contentieux administratif*, des Professeurs Auby et Drago. Tandis que les deux Universitaires mettent en exergue les limites de l'inamovibilité « *coutumière* » des membres du

²¹⁴⁹ J.-M. Auby, R. Drago, *op. cit.*, 2^e éd., 1975, p. 187, 3^e éd., 1984, p. 253.

²¹⁵⁰ Articles 13 et 14 du décret du 30 juillet 1963 ; articles L. 136-1 et 2 du code de justice administrative.

²¹⁵¹ O. Dupeyroux, *op. cit.*, p. 624.

²¹⁵² S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis Dalloz, 10^e éd., 2009, Paris., p. 169.

²¹⁵³ *Ibid.*, p. 881.

Conseil d'Etat, et admettent qu'une inamovibilité de droit pourrait « *normalement être consacrée* », ils maintiennent que cette consécration « *n'est pas nécessaire* »²¹⁵⁴. Cette position s'explique sans doute par cette conviction bien ancrée, suivant laquelle le Conseil devrait « *en grande partie (son) succès à l'élaboration d'un droit qui est presque entièrement (son) œuvre propre* »²¹⁵⁵. Il a secrété la plupart de ses règles de fonctionnement interne, et a développé un droit essentiellement prétorien. Or, il peut sembler paradoxal qu'une institution dont les membres jouiraient d'une inamovibilité « *coutumière* », et qui s'enorgueillit d'une grande affinité avec les pays de droit non écrit²¹⁵⁶, s'en éloigne autant lorsqu'il s'agit d'assurer le respect d'une telle garantie. Il existe en effet une tendance des pays de droit non écrit, à conférer une assise textuelle à leurs coutumes. La consécration expresse de l'inamovibilité apparaît en outre, dans ces Etats, comme le corollaire d'une garantie contre l'« *arbitraire* » du Pouvoir, et un complément utile d'une éventuelle inamovibilité de fait.

550. Alors que l'existence d'une inamovibilité « *coutumière* » des membres du Conseil d'Etat, ferait obstacle à la reconnaissance expresse de cette garantie, force est de constater, en premier lieu, une inclination des pays de droit écrit à fixer leurs propres coutumes. Le souci de promouvoir un droit clair et apparent, expression d'une bonne gouvernance, s'est ainsi trouvé concrétisé sous la France de l'Ancienne Monarchie, par plusieurs mouvements de rédaction des coutumes de droit privé²¹⁵⁷. La période comprise entre les XIIe et XVe siècles, fut en ce sens marquée par une première phase de rédaction, avec les recueils officiels dans le Midi du royaume, et les coutumiers privés dans le Nord. C'est ainsi que parurent, pour illustration, *Les coutumes de Beauvaisis* en 1283, les coutumes de Toulouse en 1286, et du Berry en 1450. Les doléances émises lors des Etats généraux de Bourges, en 1448, conduisirent vers une seconde étape. L'ordonnance de Montils-lès-Tours, prise par Charles VII en avril 1454, prescrivit la rédaction générale des coutumes à l'échelle du royaume. Les premières coutumes rédigées, furent publiées à partir de mars 1505

²¹⁵⁴ J.-M. Auby, R. Drago, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 1962, p. 169, 2^e éd., 1975, p. 187, 3^e éd., 1984, p. 252.

²¹⁵⁵ D. Pépy, maître des requêtes, *Justice anglaise et justice administrative française*, EDCE, Paris, 1956, p. 161.

²¹⁵⁶ Pour Charles John Hamson : « *Le Conseil d'Etat statuant au contentieux est...l'institution française qui s'avère la plus anglaise que l'on puisse imaginer* ». Voir : C. J. Hamson, *Vues anglaises sur le Conseil d'Etat français*, RDP, n° 5, 1956, p. 1050 ; D. Pépy, *op. cit.*, pp. 159-175 ; Conseil d'Etat, *Relations franco-britanniques : Le vice-président du Conseil d'Etat, premier juriste français membre d'honneur de la « Society of the Middle Temple » (Londres)*, Communiqué, 12 février 2010, www.conseil-etat.fr.

²¹⁵⁷ Voir : M. Merlin, *Coutumes*, in *Recueil alphabétique des questions qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, t. 2, Garnery Librairie, Paris, 4^e éd., 1877, pp. 470-471 ; P.-C. Timbal, *op. cit.*, 1970, pp. 258-259 et 309-311 ; J.-M. Carbasse, *Coutumes françaises*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, pp. 327-329.

sous le règne de Louis XII, et les décennies suivantes virent se succéder la promulgation et l'enregistrement des coutumes, telles que celles d'Anjou et du Maine en 1508, de Paris en 1514, de Bordeaux en 1521, ou de Bretagne en 1539. Une troisième phase fut encore franchie avant la chute de l'Ancien Régime, avec la décision prise lors des Etats généraux de Blois de 1576, de procéder à la réformation des coutumes déjà rédigées ou en attente de l'être. A la veille de la Révolution, le royaume comptait de ce fait, « seulement » soixante coutumes générales, et trois cents coutumes locales rédigées. Le vœu formulé par Jean-Jacques Rousseau, dans ses *Considérations sur le Gouvernement de Pologne*, de voir établi un « *code civil...clair, court et précis autant que possible* »²¹⁵⁸, ne semblait dès lors plus constituer une hypothèse d'école en 1789. Cette codification avait d'ailleurs été envisagée dès les Etats généraux d'Orléans, en 1560. Et si, comme l'a souligné le Professeur Timbal, cette : « *unification ne fut...pas réalisée* (sous l'Ancien Régime),...*la situation fut simplifiée et la tâche des rédacteurs du Code civil* (de 1804) *s'en trouva singulièrement facilitée* »²¹⁵⁹, lorsque la France opéra sa transition vers un système de droit écrit.

C'est une volonté analogue qui a présidé au Royaume-Uni, à la fixation progressive de la *Common Law* par le juge et le Parlement. Ce droit renvoyait initialement à un « *ensemble de décisions éparses* » rendues par les Cours royales sur des « *espèces qui leurs étaient soumises* »²¹⁶⁰, à partir des coutumes locales alors en vigueur. Il en existait au XII^e siècle, plus de neuf cents, héritées des « *invasions successives des Jutes, des Angles, des Saxons et des Danois* »²¹⁶¹, et à compter de 1066, des Normands. Rapidement, la centralisation des Cours à Westminster, a permis de faire émerger au-delà de la multitude des coutumes, mais toujours à partir d'elles, un droit unique qui est devenu le « *droit commun à l'ensemble du royaume* ». Comme l'explique Xavier Blanc-Jouvan, c'est « *bien en ce seul sens* » que devait être comprise à l'origine, l'expression de « *common law* »²¹⁶². L'essor des Cours royales, au détriment des juridictions populaires, seigneuriales et ecclésiastiques, s'est ensuite traduit par une évolution de la notion. La « *common law* » est devenu le droit de principe, par opposition aux droits dérogatoires ou d'exception. Il s'est en conséquence trouvé étendu, sur le plan *ratione materiae*, au droit féodal apparu

²¹⁵⁸ J.-J. Rousseau, *Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, Londres, 1772, Chap. X, p. 104.

²¹⁵⁹ P. C. Timbal, *op. cit.*, p. 313.

²¹⁶⁰ X. Blanc-Jouvan, *La place de la coutume dans les systèmes de Common Law*, in G. Paisant (dir.), *op. cit.*, p. 129.

²¹⁶¹ *Ibid.*, p. 127.

²¹⁶² *Ibid.*, p. 128.

postérieurement à la Conquête, et lui-même largement coutumier. L'emprise grandissante des Cours de *common law* sur la coutume, a alors favorisé la naissance du précédent judiciaire. Evoluant d'une simple pratique des juges, vers une discipline générale des Cours, celui-ci s'est imposé à la fin du XVIIIe siècle, comme une véritable règle de droit. La consolidation de cette technique a conduit à faire « *prévaloir le facteur judiciaire sur le facteur coutumier dans la common law* ». En effet, l'auteur précité souligne qu'une fois consacrée par le juge, la coutume : « *se coule dans la forme d'un précédent judiciaire et c'est à ce titre qu'elle sera considérée comme obligatoire dans l'avenir* »²¹⁶³. Ce faisant, la compilation des précédents et leur grande stabilité, font apparaître le *Case Law* comme un instrument de formalisation intermédiaire de la coutume, précédent le stade de l'intervention législative. Or, cette dernière a naturellement été amenée à s'affirmer de manière progressive, au détriment de l'action jurisprudentielle, depuis la proclamation de la souveraineté parlementaire en 1689. Ainsi que le notait déjà le Professeur Pépy en 1957 : « *La multiplication des Statutes Laws a fait apparaître en Angleterre un droit écrit qui...régit...les relations juridiques dans un grand nombre de matières. Le système de Common Law (au sens d'un droit jurisprudentiel) demeure, mais son domaine s'est singulièrement rétréci* »²¹⁶⁴. Il est dès lors possible de penser qu'une partie non négligeable de la coutume britannique, a finalement acquis, à l'aube du XXIe siècle, une assise législative²¹⁶⁵.

551. S'agissant plus précisément de l'inamovibilité, sa reconnaissance expresse paraît en second lieu conditionner sa capacité à constituer effectivement une garantie contre « *l'arbitraire* » du Pouvoir. Si pour reprendre les mots de Cesare Beccaria : « *les tyrans ne lisent pas* »²¹⁶⁶, il serait encore plus étonnant de présumer leur intention de respecter une règle non écrite, notamment lorsque celle-ci revêt un caractère *contra legem*. Une protection expresse présente cet avantage, y compris vis-à-vis d'une règle prétorienne, de figurer une certaine forme de reconnaissance de la part du Pouvoir Politique, et de pouvoir lui être opposée plus aisément en cas de violation. L'idée qu'une règle dépourvue de fondement écrit, puisse être opposée efficacement au Pouvoir, n'est pas ici mise en cause. Mais il semble qu'elle soit amenée à céder plus facilement, en cas d'arbitraire. Le souci de la Cour des *Common*

²¹⁶³ *Ibid.*, p. 130.

²¹⁶⁴ D. Pépy, *op. cit.*, p. 175.

²¹⁶⁵ Notamment dans la mesure où, comme l'écrivait le Professeur Lawson : « *les lois doivent s'interpréter de telle sorte qu'une atteinte aussi restreinte que possible soit portée à l'intégrité de la common law* ». Voir : F. H. Lawson, *Réflexions d'un juriste anglais sur le cent-cinquantième du Code civil*, Revue internationale de droit comparé, n° 4, 1954, p. 676.

²¹⁶⁶ C. Beccaria, C. de Plancy (trad.), *Des délits et des peines*, Ed. du Boucher, Paris, 2002, p. 19.

pleas de limiter les pouvoirs du roi, dans l'Angleterre du début du XVII^e siècle, constitue à cet égard un bon exemple. Par deux arrêts rendus sous l'impulsion de Sir Edward Coke, en 1607 et 1611, la Haute juridiction avait rejeté au détriment du monarque, à la fois l'existence d'un pouvoir judiciaire personnel et celle d'un pouvoir législatif illimité. La Cour avait eu recours dans la première affaire, celle des « *Prohibitions* », à des arguments essentiellement empiriques²¹⁶⁷. Dans la seconde, celle des « *Proclamations* », elle avait au contraire cherché à s'appuyer sur les sources du droit britannique. Après avoir rappelé que : « *le droit d'Angleterre est divisé en trois parties : common law, statute law, et custom* », elle avait pu juger que le pouvoir utilisé par le monarque n'entrait pas dans cette classification, et que : « *Le Roi n'a d'autre prérogative que celle que lui accorde le droit du pays* »²¹⁶⁸. Faute semble-t-il, de se sentir lié par des arrêts ne trouvant pas leur fondement dans des textes, James I^{er} devait bientôt tenter de s'en affranchir. Il révoqua le *Chief Justice* Coke en 1616, et le règne de son successeur Charles I^{er}, fut notamment marquée par la « *Tyrannie des onze ans* », période de pouvoir personnel située aux antipodes de l'esprit des jurisprudences précitées.

Il semble qu'il existe une certaine corrélation entre cette évolution, et le souci qui s'est développé au cours des décennies et des siècles suivants dans les pays de droit non écrit et d'abord anglo-saxons, de promouvoir l'émergence d'un corpus « *constitutionnel* » écrit. D'une étendue variable selon les pays, celui-ci a eu pour même finalité de limiter l'arbitraire du Pouvoir, ou du moins du plus imprévisible de ses représentants. L'Angleterre qui avait essentiellement connu jusqu'ici, la *Magna Carta* de 1215, fut marquée en l'espace de quatre-vingt ans, par l'intervention de sept textes fondamentaux. Les quatre premiers, présentés sous forme de doléances à Charles I^{er}, ne reçurent aucune sanction positive. La *Petition of Right* de 1628, initiée par l'ancien *Chief Justice* déchu, fut ainsi suivie par la *Root and Branch Petition* de 1640, la *Grand Remonstrance* de 1641, et les *Nineteen Propositions* de 1642. En revanche, les trois derniers textes forment encore à ce jour, une des pierres angulaires de la Constitution « *historique* » britannique. Cet ensemble comprend l'*Habeas corpus* de 1679, le *Bill of Rights* de 1689, et l'*Act of Settlement* de 1701. De la même façon les Etats-Unis, le premier ensemble de colonies à s'être émancipé de la tutelle anglaise au XVIII^e siècle, se sont dotés dès l'origine de textes « *constitutionnels* » écrits. Au-delà de la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776, chacun des treize Etats fédéraux s'est muni de sa propre Constitution. Dix ans plus tard, l'avènement de la fédération suite à la Convention de Philadelphie, s'est lui-même traduit par l'adoption d'une nouvelle Constitution : celle du 17 septembre 1787. Or,

²¹⁶⁷ Court of Common pleas, *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co Rep. 63.

²¹⁶⁸ Court of Common pleas, *The Case of proclamations* (1611) 12 Co Rep. 74.

celle-ci reste présentée à ce jour, comme le plus ancien dispositif constitutionnel exprès et complet encore en vigueur à travers le monde. La volonté de régénération de l'Etat qui a caractérisé la France lors de la Révolution, participe d'un même objectif. Influencée par les Etats-Unis et indirectement par l'Angleterre²¹⁶⁹, loin de se satisfaire de « Lois fondamentales » au contenu variable, la première Assemblée nationale s'est en effet jurée, par le Serment du Jeu de Paume du 20 juin 1789, de rester réunie : « *jusqu'à ce que la Constitution du royaume soit établie et affermie sur des fondements solides* ». La transition vers un droit et une Constitution écrits, s'est de ce fait pleinement trouvée justifiée dans le préambule de la Déclaration des droits du 26 août 1789²¹⁷⁰, aujourd'hui intégré comme cette dernière au « *bloc de constitutionnalité* »²¹⁷¹.

Ce mouvement de constitutionnalisation, sinon de fixation du droit, a logiquement trouvé à s'appliquer à l'indépendance de la magistrature. Dans les années 1610, Lord Coke et d'autres juges britanniques avaient été violemment révoqués, pour n'avoir pu opposer à la prétention absolutiste du roi, des limites préhensibles à son pouvoir. Comme l'affirmait en 2001²¹⁷² l'actuelle *Chief Justice* de la Cour suprême du Canada, ces juges n'avaient même eu « *d'autres choix* », à leur époque, « *que de défendre par eux-mêmes l'indépendance de la magistrature* ». De l'aveu du *Judge McLachlin*, cette situation a fortement évolué depuis lors, y compris dans les pays anglo-saxons : « *Aujourd'hui, les juges sont plus chanceux. Ils peuvent invoquer la constitution* ». Le Parlement britannique est ainsi venu conférer une assise textuelle, à l'inamovibilité des juges supérieurs, par l'*Act of Settlement* de 1701. Celle-ci constitue avec l'indépendance judiciaire, par son caractère exprès, un « *principe fondamental du régime constitutionnel du Royaume-Uni* »²¹⁷³. Loin de s'émouvoir de cette singularité, dans un pays marqué par une longue tradition de

²¹⁶⁹ Notamment avec la parution de « *De l'esprit des lois* », de Montesquieu, en 1748.

²¹⁷⁰ « *Les représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli et le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits...afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution* ».

²¹⁷¹ CC, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, dite « *Liberté d'association* », Rec. p. 29 ; CC, décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, dite « *Taxation d'office* », Rec. p. 25.

²¹⁷² B. McLachlin, Juge en chef de la Cour suprême du Canada, *L'indépendance de la magistrature*, Allocution prononcée lors de la Conférence sur le 300^e anniversaire de l'*Act of Settlement*, Vancouver, 11 mai 2001, www.scc-csc.gc.ca.

²¹⁷³ Cour suprême du Canada, arrêt du 26 juin 2003, « *Ell c. Alberta* » [2003] 1 R.C.S., 857, n° 19.

droit non écrit, le *Lord Chief Justice* du Royaume-Uni prenait soin de l'expliquer au début des années 1980. Geoffrey Lane soulignait en effet, que : « *Peu de préceptes constitutionnels sont plus généralement acceptés en Angleterre, le pays qui se glorifie de n'avoir aucune constitution écrite, que la nécessité pour le pouvoir judiciaire d'être à l'abri de toute influence induite* »²¹⁷⁴. De la même manière, les Etats-Unis entreprirent de consacrer l'inamovibilité de leurs juges, lorsqu'ils s'émancipèrent de la tutelle britannique. Le neuvième point du réquisitoire figurant dans la Déclaration d'indépendance de 1776, avait en effet précisément reproché au monarque d'avoir : « *rendu les juges dépendants de sa propre volonté en ce qui concerne la durée de leurs fonctions* ». La Constitution fédérale du 17 septembre 1787 a dès lors pris soin de prévoir, dans ses articles III section 1 et II section 4, que les juges conservent leurs fonctions tant qu'ils n'ont pas démerité, et sous réserve de la mise en œuvre de la procédure de *l'impeachment*. Enfin, l'exemple canadien mérite d'être cité, dans la mesure où il a cherché à s'approprier les avantages présents, dans chacun des deux systèmes précédents. Le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867, précise d'une part que ce texte a pour objet de doter le Canada, d'une : « *constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni* ». La Cour suprême a dès lors pu juger que les juges des cours supérieures canadiennes bénéficient au minimum de l'inamovibilité de droit, conférée par l'*Act of Settlement* de 1701²¹⁷⁵. Mais dans le même temps, l'article 99 de la Loi constitutionnelle précitée a expressément consacré l'inamovibilité des mêmes juges. La Cour suprême en a alors déduit que les rédacteurs de cette disposition, ont effectivement constitutionnalisé un des éléments fondamentaux de l'indépendance judiciaire, énoncés dans l'*Act of Settlement*²¹⁷⁶. L'inamovibilité des juges canadiens jouit ainsi d'une double assise formelle : l'une d'origine britannique, et l'autre proprement canadienne.

552. La consécration d'une inamovibilité de droit, est en dernier lieu susceptible de constituer un prolongement utile d'une inamovibilité de « fait », « traditionnelle », ou « coutumière ». Cette question des relations entre une tradition préexistante, et l'intérêt d'adopter une règle expresse en vue de la compléter, s'est effectivement posée devant la Cour suprême du Canada, à l'occasion de l'arrêt

²¹⁷⁴ G. Lane, *Chief Justice of England and Wales, Judicial Independence and the Increasing Executive Role in Judicial Administration*, in S. Shetreet, et J. Deschênes (Ed.), *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1985, p. 525.

²¹⁷⁵ Cour suprême du Canada, arrêt du 18 septembre 1997, « *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Edouard ; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Edouard* » [1997] 3 R.C.S., 3., n° 83 et 106.

²¹⁷⁶ Cour suprême du Canada, arrêt du 18 septembre 1997, « *Renvoi relatif...* », *op. cit.*, n° 83 et 106.

« *Valente c. Reine* » du 19 décembre 1985²¹⁷⁷. Dans cette affaire, un juge de la Cour provinciale de l'Ontario s'était refusé à connaître en appel, d'un jugement rendu par une juridiction locale, tant qu'une cour supérieure n'aurait pas statué sur l'indépendance de sa juridiction d'appartenance. Selon lui, le fait que les juges de la Cour provinciale possèdent en droit leur charge à titre amovible, était contraire à l'article 11 d) de la Charte canadienne des droits et libertés, relatif au droit à un « *tribunal indépendant et impartial* ». L'argument invoqué par le juge, reposait sur une jurisprudence constante de la Cour suprême du Canada, d'après laquelle : « *L'inamovibilité, de par l'importance qui y a été attachée traditionnellement, doit être considérée comme la première des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'article 11 d) de la Charte* »²¹⁷⁸. Amenée à statuer sur cette question de droit, la Cour d'appel de l'Ontario devait rejeter l'argument, en s'appuyant sur l'existence d'une tradition établie en faveur d'une inamovibilité de fait des juges provinciaux. La Cour suprême ayant été à son tour saisie, celle-ci fut conduite à se prononcer sur la base de deux constats préalables. D'une part, la Cour d'appel de l'Ontario avait « *accordé une importance considérable au rôle de la tradition en tant que condition ou garanties objectives de l'indépendance judiciaire* ». D'autre part, il ressortait plus généralement des requêtes et de la jurisprudence des cours inférieures, que : « *la tradition est, la plupart du temps, invoquée relativement à la question de l'inamovibilité* »²¹⁷⁹.

La Cour suprême a consacré le premier temps de son étude, à des développements allant dans le sens de la thèse défendue par la Cour d'appel de l'Ontario. La référence à la tradition se justifiait en effet, à la lumière du droit et de la doctrine. La Cour suprême a d'abord pris soin de souligner la part de l'influence britannique sur le droit canadien. Outre le fait que les deux pays disposent d'une « *histoire de l'indépendance judiciaire* »²¹⁸⁰ commune, le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 imprègne le droit positif canadien, de cette idée d'une : « *constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni* ». Or, comme le précise la Cour suprême, en citant le Professeur de Smith, l'indépendance de la justice dans cet Etat : « *repose non sur des garanties et prohibitions constitutionnelles formelles, mais sur un mélange de règles de droit écrit et de common law, de conventions constitutionnelles et de pratiques parlementaires,*

²¹⁷⁷ Cour suprême du Canada, arrêt du 19 décembre 1985, « *Valente c. Reine* » [1985] 2 R.C.S. 673.

²¹⁷⁸ *Ibid.*, n° 27.

²¹⁷⁹ *Ibid.*, n° 33.

²¹⁸⁰ *Ibid.*, n° 34.

fortifiées par la tradition du monde juridique et l'opinion publique »²¹⁸¹. La Haute juridiction a alors poursuivi son raisonnement, en invoquant l'opinion du Professeur Hogg pour lequel l'indépendance de la justice : « *est devenue une tradition tellement puissante au Royaume-Uni et au Canada que procéder à une analyse subtile des textes qui la garantissent formellement n'aurait guère d'utilité* »²¹⁸². Cette tradition semblait d'ailleurs présenter par son intensité, un double avantage par rapport aux textes. La Cour cite sur ce point, les propos tenus par deux hauts magistrats britanniques. La tradition posséderait ainsi, d'après le *Lord Chancellor Sankey*, une valeur supérieure aux textes, dans la mesure où : « *les traditions ne peuvent être abrogées, alors qu'une loi du Parlement peut l'être* »²¹⁸³. Elle bénéficierait encore, selon Lord Denning, d'une étendue supérieure à ces mêmes textes. Le juge de la Chambre des lords mentionnait alors à l'appui, l'exemple des magistrats stipendiaires et des juges de paix britanniques. Tandis que « *ces juges d'instance inférieure sont théoriquement amovibles* », il expliquait en effet que : « *le grand principe que les juges doivent être indépendants est tellement ancré en nous qu'il s'applique en pratique à eux aussi* ». Il concluait en conséquence sa réflexion, en notant que ces juges sont : « *en fait inamovibles* »²¹⁸⁴.

Mais dans un second temps, la Cour suprême est venue nuancer son apparent soutien à l'idée d'une inamovibilité et d'une indépendance judiciaire, garanties par la seule tradition. Si elle admet que cette dernière, qui suppose d'ailleurs d'être « *renforcée par l'opinion publique* », constitue « *un frein efficace à l'action de l'exécutif et du législatif* », elle souligne toutefois que cette sûreté n'est pas considérée « *en soi comme une garantie suffisante de l'indépendance judiciaire* »²¹⁸⁵. La Cour suprême estime en effet, évoquant le Professeur Shetreet, qu'un : « *nombre croissant d'auteurs, de juristes et même de juges réclament une constitution écrite et enchâssée qui protégerait les libertés publiques et d'autres portions importantes du droit constitutionnel* » des modifications arbitraires²¹⁸⁶.

²¹⁸¹ S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, Penguin, London, 1st ed., 1971, pp. 365-366.

²¹⁸² P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Carswell Co, Toronto, 1st ed., 1977, p. 120.

²¹⁸³ J. Sankey, alors *Lord Chancellor*, ancien *Lord justice of appeal*, intervention devant la Chambre des Lords, le 28 novembre 1934. Cité in S. Shetreet, *Judicial Independence : A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, North-Holland Publishing Co, Amsterdam, 1976, p. 392.

²¹⁸⁴ A. Denning, alors *Lord justice of appeal*, futur *Lord of appeal in ordinary*, *The Road to Justice*, Stevens & Sons Ltd, London, 1955, pp. 16-17.

²¹⁸⁵ Arrêt étudié, n° 36.

²¹⁸⁶ S. Shetreet, *Judicial Independence...*, *op. cit.*, p. 392-393.

Deux arguments sont alors avancés par la Cour, afin de montrer les limites de la tradition. Elle relève d'une part, qu'au cours des années précédant l'affaire : « *des rapports et des allocutions sur l'indépendance judiciaire ont montré que la nature et l'importance de cette valeur constitutionnelle ne sont pas si largement comprises au point de justifier de croire que cette protection peut, en toute sécurité, être laissée à la tradition seule* »²¹⁸⁷. A cet égard, un parallèle peut être établi avec l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat existant en France. Si l'appellation d'« *inamovibilité coutumière* », permet de l'envisager comme une garantie, le Pouvoir politique est parfois tenté de tirer profit, de ce qu'elle ne recouvre en réalité qu'une « *amovibilité de droit* ». La Cour suprême constate d'autre part, au détriment de la seule tradition, qu'elle : « *ne peut fournir les conditions essentielles d'indépendance qui doivent être prévues expressément par la loi* ». Sa capacité à constituer une véritable garantie, souffre ainsi de sa propension naturelle à l'imprécision. Dans ces conditions, la Cour suprême a émis l'opinion de ne pas se « *fier* » à la tradition, « *au point de considérer que les autres conditions ou garanties d'indépendance sont inutiles ou sans importance pratique* ». Elle s'est au contraire prononcée, en faveur d'un système idéal de garantie de l'inamovibilité et de l'indépendance judiciaire, dans lequel celles-ci seraient : « *protégées par une constitution écrite, appuyée par la tradition et l'opinion publique* »²¹⁸⁸. Appliquée à l'espèce, cette position a dès lors conduit la Cour à juger qu'un : « *juge de la Cour provinciale...qui occupait sa charge à titre amovible à l'époque où le juge (concerné) a décliné sa compétence, ne pouvait pas être un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11 d) de la Charte* »²¹⁸⁹.

3°) Conclusion du titre

553. A la lumière des développements qui précèdent, force est de constater que l'approche « statique » de l'inamovibilité judiciaire, tournée vers la seule défense de l'indépendance organique des magistrats, a entraîné l'émergence d'un étrange paradoxe. Au sein de l'ordre judiciaire lui-même, l'inamovibilité des magistrats du siège a été faussement présentée comme un dogme. Sa relation avec l'idée de souveraineté, son histoire et son assise constitutionnelle, ont conduit une partie de la classe politique et de la « *classe juridique* », à l'assimiler à une garantie absolue

²¹⁸⁷ Arrêt étudié, n° 36.

²¹⁸⁸ *Ibid.*, n° 36. La Cour suprême est ultérieurement venue réaffirmer cette jurisprudence. Dans son arrêt « *Reine c. Généreux* » de 1997, elle a ainsi précisé : « *La pratique ou la tradition, comme l'a mentionné notre Cour dans l'arrêt Valente, est insuffisante pour justifier une conclusion à l'indépendance si le statut du tribunal lui-même ne justifie pas cette conclusion* ». Voir : arrêt du 13 février 1992, « *La Reine c. Généreux* » [1992] 1 R.C.S. 259, p. 59-60.

²¹⁸⁹ Arrêt étudié, n° 37.

créatrice de l'indépendance du juge. Pourtant, elle ne se révèle au final, qu'une simple garantie exorbitante contre les évictions arbitraires. Ce travers s'est trouvé étendu à l'ordre administratif, alors même que celui-ci est traditionnellement perçu comme l'antithèse de son pendant judiciaire. Le refus d'accorder au juge administratif une inamovibilité comparable à celle reconnue dans l'ordre judiciaire, s'est traduit par le développement progressif d'une inamovibilité diffuse, assise sur la loi ou la pratique. Mais cette inamovibilité a à son tour acquis une dimension dogmatique, par le truchement de la notion de « *coutume* » d'inamovibilité, inadéquatement appliquée aux membres du Conseil d'Etat. L'ordre juridictionnel administratif tout entier, semble ainsi reposer sur cette garantie, alors même qu'elle ne recouvre en définitive, qu'une inamovibilité de fait doublée d'une amovibilité de droit.

L'irrévocabilité de droit présumée des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, et l'irrévocabilité de fait vérifiée des membres du Conseil d'Etat, paraissent aboutir aux mêmes conséquences dans les relations avec le Pouvoir politique. L'inamovibilité de droit des premiers, a vu sa légitimité fragilisée par la permanence du débat qui entoure, depuis la Révolution française, les questions de la responsabilité des magistrats et de l'organisation d'un conseil supérieur de la magistrature. L'inamovibilité de fait des seconds, se trouve de la même façon confrontée à l'hostilité périodique du Pouvoir, vis-à-vis du Conseil d'Etat. L'actuelle controverse relative à une éventuelle interdiction générale du voile intégral, par voie législative, constitue à cet égard une bonne illustration. Amené à statuer en qualité d'organe consultatif, sur le principe même de cette interdiction, puis sur l'avant-projet de loi préparé par le Gouvernement, le Conseil d'Etat a respectivement émis des réserves²¹⁹⁰ et un avis défavorable²¹⁹¹. La position juridique du Conseil d'Etat s'est vue critiquée, au-delà des principaux représentants de la Majorité parlementaire, par le chef de l'Etat lui-même. Celui-ci se serait explicitement référé au précédent de 1962, en affirmant que : « *C'est aussi le Conseil d'Etat qui avait dû émettre à l'époque des réserves sur l'élection du président au suffrage universel direct* »²¹⁹². Or, force est de rappeler que c'est cet avis défavorable du 1^{er} octobre 1962, suivi par l'arrêt « *Canal* » du 19 octobre de la même année, qui avait conduit le Général de

²¹⁹⁰ Conseil d'Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, 25 mars 2010, 46 p.

²¹⁹¹ CE, avis du 14 mai 2010. Voir : AFP, *Le Conseil d'Etat contesterait une interdiction totale du voile*, Le Monde, 14 mai 2010 ; AFP, *Voile : le Conseil d'Etat « pas unanime »*, Le Figaro, 18 mai 2010.

²¹⁹² E. Feferberg, *La pique de Sarkozy contre le Conseil d'Etat*, L'Express, 18 mai 2010 ; C. Jaigu, *Sarkozy épingle le Conseil d'Etat*, Le Figaro, 18 mai 2010 ; AFP, *La majorité envisage de faire interdire le niqab par référendum*, Le Monde, 19 mai 2010.

Gaule à instituer une Commission de réforme du Conseil d'Etat²¹⁹³. Dès lors, si les propos du Président de la République peuvent être interprétés comme une menace de recours au référendum, afin de pallier à d'éventuels obstacles juridiques, ils peuvent également s'analyser comme une mise en garde contre le personnel du Conseil d'Etat, dans l'hypothèse où ce dernier viendrait à statuer sur la future loi au contentieux.

554. La situation est d'autant plus paradoxale que la « magistrature ordinaire de carrière », traditionnellement considérée comme le berceau de l'inamovibilité, paraît s'être muée sous l'effet de l'histoire et d'une certaine « conception française de la justice », en un véritable anti-modèle pour d'autres catégories d'agents publics. Egalement bénéficiaire d'une inamovibilité de fait, le simple fonctionnaire a longtemps été entouré de garanties expresses, supérieures à celles reconnues aux membres du Conseil d'Etat. Si les enseignants-chercheurs sont présumés jouir d'une inamovibilité « *coutumière* », comparable à celle des membres du Conseil d'Etat, les textes leur assurent au-delà une inamovibilité de droit, au moins égale à celle des magistrats du siège de l'ordre judiciaire. Enfin, si la Constitution et la loi organique reconnaissent à ces derniers, une inamovibilité de droit pour la durée de leur carrière, ils accordent mieux encore une véritable irrévocabilité de droit, aux membres du Conseil constitutionnel. Or, il est singulier de constater que les deux dernières catégories d'agents évoquées, bénéficient dans les faits, d'une stabilité qui n'a rien à envier à celle des corps de « magistrats » judiciaires, administratifs et financiers. De même que le statut des membres du Conseil constitutionnel, est demeuré très largement inchangé depuis 1959, il est également impossible de citer un exemple d'éviction arbitraire ayant touché cette institution, au cours des cinquante années écoulées. La sûreté accordée aux universitaires paraît avoir été tout aussi puissante, puisque ni le principe du jugement par les pairs en matière disciplinaire, ni celui de la mutation sur leur seule demande, n'ont été critiqués jusqu'à ce jour.

Cette situation possède pourtant une explication rationnelle, à la lumière de la culture juridique française. L'inamovibilité constitue dans cette dernière, une condition première de l'indépendance des magistrats, et le principe d'indépendance est présenté par le Conseil constitutionnel, comme « *indissociable de l'exercice des fonctions juridictionnelles* »²¹⁹⁴. Mais alors que l'inamovibilité des « magistrats » judiciaires, administratifs et financiers, devrait être confortée par ces circonstances, elle s'en trouve au contraire dépréciée du fait de la méfiance du Pouvoir politique.

²¹⁹³ Voir les développements consacrés à cette « *crise* » : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, pp. 900-920.

²¹⁹⁴ CC, décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, dite « *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* », cons. 15.

Cette inamovibilité souffre d'une part, de ce que les fonctions juridictionnelles correspondent à l'un des principaux attributs de la souveraineté. Elle apparaît d'autre part pénalisée, en raison de la nature de ses bénéficiaires. Certains extraits du discours prononcé par le Président de la République, le 1^{er} mars 2010, à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution²¹⁹⁵, méritent sur ce point d'être cités. Dès le début de son allocution, le chef de l'Etat a exprimé sa conviction que, maintenir l'ancien dispositif : « *c'était s'exposer de façon certaine, à plus ou moins longue échéance, au contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge ordinaire* ». Puis dans un second temps, celui-ci a affirmé son refus d'un « *gouvernement des juges ou des experts* », et d'un Conseil constitutionnel uniquement composé de « *techniciens du droit* ». Ainsi, parce que les « *magistrats* » précités sont des techniciens du droit exerçant une fonction de souveraineté, l'idée même d'un épanouissement de leur inamovibilité, perçue sous le seul prisme de l'indépendance, paraît structurellement impossible. Cependant, c'est oublier que l'indépendance n'a elle-même de raison d'être, en matière juridictionnelle, qu'au regard de l'objectif d'impartialité. C'est dès lors dans cette dernière finalité, qu'il convient de rechercher les fondements d'une inamovibilité des « *magistrats* », constitutive d'un modèle pour d'autres catégories d'agents publics (**Titre II**).

²¹⁹⁵ N. Sarkozy, *Discours de M. le Président de la République sur l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution*, Conseil constitutionnel, 1^{er} mars 2010, www.conseil-constitutionnel.fr.

TITRE II . UNE GARANTIE DYNAMIQUE AU SERVICE DE L'IMPARTIALITE

555. Dans le système romano-germanique, et plus particulièrement en France, l'inamovibilité des magistrats demeure essentiellement envisagée sous le prisme d'une problématique de l'indépendance juridictionnelle, qui a pour « particularité d'être à la lisière de la justice et du politique »²¹⁹⁶. Cette approche déjà évoquée tient, selon l'avocat Jean-Denis Bredin : « à notre histoire mouvementée, au long conflit qui n'a cessé d'opposer l'Etat et la Justice, (et) à la méfiance permanente du pouvoir politique à l'égard d'une justice qui ne serait pas soumise »²¹⁹⁷. Ce faisant, et alors que l'inamovibilité reste d'abord associée à celui qui juge à titre professionnel, le magistrat du siège, la finalité commune de la justice et de l'acte de juger a été occultée : voir les litiges tranchés par un tiers impartial. Le verbe « juger » correspond en effet, dans un premier temps, au pouvoir de « décider comme arbitre »²¹⁹⁸, c'est-à-dire à la manière d'un « tiers qui fait médiation »²¹⁹⁹. Il constitue donc « la base fondamentale de cette règle sociale qui veut que l'on ne fasse pas justice à soi-même, que l'on s'en remette à un tiers pour trancher les litiges »²²⁰⁰. Cette incompatibilité entre les fonctions de juge et de partie, notamment défendue par Beccaria²²⁰¹ et Montesquieu²²⁰² au Siècle des Lumières, trouve son application la plus parfaite dans l'institution d'une judicature étatique, voire de carrière. Leurs membres sont plus tiers que les autres, dans la mesure où, s'agissant

²¹⁹⁶ A. B. Fall, *Les menaces internes de l'indépendance*, in AHJUCAF, *L'indépendance de la justice*, Actes du deuxième congrès de Dakar des 7 et 8 novembre 2007, www.ahjucaf.org.

²¹⁹⁷ J.-D. Bredin, *Qu'est-ce que l'indépendance du juge ?*, in *Justice et pouvoirs*, Justices, n° 3, janvier-juin 1996, p. 161.

²¹⁹⁸ Dictionnaire de l'Académie française, 4^e éd., 1762, 5^e éd., 1798, 6^e éd., 1832-5, 8^e éd., 1932-5.

²¹⁹⁹ M. Revault d'Allonnes, *L'impartialité du Juge. Une problématique de tous les temps : d'Aristote à Hannah Arendt*, in S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *L'éthique des gens de justice*, Actes du colloque des 19 et 20 octobre 2000, Pulim, Entretien d'Aguesseau, Limoges, 2001, p. 184.

²²⁰⁰ R. Chazelle, *Pour une réforme des institutions judiciaires*, LGDJ, Paris, 1969, p. 73.

²²⁰¹ C. B. Beccaria, *Traité des délits et des peines*, 1764, rééd. Librairie de la Bibliothèque nationale, Paris, 1877, p. 23.

²²⁰² Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, part. I, livre VI, chap. V, rééd. GF Flammarion, t. 1, Paris, 1979, p. 206.

des premiers, ils sont imposés aux parties par l'Etat, et parce que, concernant les seconds, « *ils sont juges et seulement juges* »²²⁰³. La qualité de tiers sert cependant une finalité bien précise dans la définition du terme « *juger* », puisque que ce dernier exprime, dans un deuxième temps, l'idée de « *rendre justice* »²²⁰⁴. La justice exprime « *la rectitude intérieure que Dieu met dans l'âme par sa grâce* »²²⁰⁵, sachant qu'à la lumière de l'*Ancien testament*, cette rectitude passe essentiellement par la capacité de trancher les litiges avec impartialité (*Deutéronome*, XVI, 18-20). Une approche plus laïque aboutit au même résultat. La justice s'analyse alors comme « *la vertu morale qui fait que l'on rend à chacun ce qui lui appartient* »²²⁰⁶, autrement dit, comme la faculté d'être juste, étant donné qu'être juste dans la langue grecque, c'est être impartial. Aristote le soulignait déjà dans l'*Ethique à Nicomaque* : « *...lorsque quelque différend se produit entre les citoyens, ils ont recours au juge. Aller trouver celui-ci, c'est aller devant la justice, car le juge entend être, pour ainsi dire, la justice incarnée. Dans la personne du juge, on cherche un tiers impartial et on appelle parfois les juges arbitres ou médiateurs pour signifier par là que, quand on aura trouvé la personne du juste milieu, on parviendra à la justice* »²²⁰⁷. Si le mot « *juger* » renvoie à cette image d'un tiers agissant de manière impartiale, cela est d'autant plus vrai qu'il désigne *in fine*, dans son acception étroite, l'office du « *juge* ». Or, le juge se distingue de l'arbitre ou du médiateur en ce que son choix ne résulte pas du consentement direct des parties. C'est pourquoi, comme l'expliquent les Professeurs Guarnieri et Pederzoli : « *Puisque le juge doit trancher le litige sans bénéficier d'une des conditions principales qui permettent aux procédures triadiques de fonctionner efficacement – c'est-à-dire la confiance des parties – on essaye d'obvier à ce manque de confiance...en renforçant l'impartialité du juge* »²²⁰⁸. Le propre du juge, production étatique, c'est donc d'être plus tiers et plus impartial que tout autre.

²²⁰³ G. Wiederkehr, *Qu'est-ce qu'un juge ?*, in Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, Paris, 1995, p. 579.

²²⁰⁴ Dictionnaire de l'Académie française, 4^e éd., 1762, 5^e éd., 1798.

²²⁰⁵ Dictionnaire de l'Académie française, 1^{ère} éd., 1694, 4^e éd., 1762, 6^e éd., 1832-5, 8^e éd., 1932-5.

²²⁰⁶ Dictionnaire de l'Académie française, 1^{ère} éd., 1694, 4^e éd., 1762, 5^e éd., 1798, 6^e éd., 1832-5, 8^e éd., 1932-5.

²²⁰⁷ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, livre V. Cité par F. Aquin, *La légitimité de l'indépendance judiciaire*, in Conseil de la magistrature du Québec, *L'indépendance judiciaire...Contrainte ou gage de liberté ?*, Acte du colloque de 2002, Bibliothèque nationale du Québec, Montréal, 2003, p. 33.

²²⁰⁸ C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La puissance de juger*, Michalon, Paris, 1996, p. 142.

Cette conception du juge comme celle d'un tiers impartial chargé de régler les litiges, est d'autant plus importante qu'elle renseigne sur sa place vis-à-vis de l'Etat. Il « *n'est pas hors de l'Etat, il est au contraire au centre de l'Etat* »²²⁰⁹, voire consubstantiel à l'existence de ce dernier. Ainsi que le soulignait Paul Ricœur, il convient en effet de ne pas de perdre de vue qu'à la « *finalité courte* » de l'acte de juger, à savoir trancher les conflits, s'ajoute une « *finalité longue* » qui est d'assurer la paix publique²²¹⁰. Cette finalité a été et reste recherchée « *par pratiquement toutes les sociétés* »²²¹¹. Michel de l'Hospital le rappelait déjà dans son discours d'ouverture des Etats généraux d'Orléans, le 13 septembre 1560 : « *Les rois ont été élus premièrement pour faire justice, et ce n'est acte tant royal faire la guerre, que faire justice, car les tyrans et mauvais font la guerre autant que les rois, et bien souvent le mauvais la fait mieux que les bons* »²²¹². De la même façon, il est symptomatique de relever qu'Outre-Atlantique, la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776 a pris la forme d'un jugement rendu par les représentants des Etats d'Amérique, après avoir soumis « *les faits à un public impartial* », et pris « *à témoin le Juge Suprême de l'Univers de la droiture de (leurs) intentions* »²²¹³. Auditionnée le 8 décembre 2009 par l'Assemblée nationale, à l'occasion de la mise en œuvre de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Garde des Sceaux français, Michèle Alliot-Marie, affirmait encore que : « *la justice constitue l'un des fondements de l'unité de notre pays. La confiance des Français dans l'autorité judiciaire est donc une condition essentielle de la vie en commun* »²²¹⁴. Si la présence d'un tiers impartial chargé de trancher les litiges, est une condition de l'existence de l'Etat, elle est *a fortiori* supposée le transcender. Il en va ainsi des diverses catégories de juridictions, qu'elles soient ordinaires, spéciales, voire d'exception. Tel est l'enseignement donné par Anatole France dans *Les dieux ont soif*, lorsqu'il faisait dire par la voix de son héros, Evariste Gamelin, nouvellement désigné au Tribunal

²²⁰⁹ T. S. Renoux, *Rapport général introductif*, in T. S. Renoux (dir.), *Les conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, Actes de la table ronde internationale de Paris du 14 septembre 1998, La documentation française, Perspectives sur la justice, Paris, 2000, p. 23.

²²¹⁰ M. Revault d'Allonnes, *op. cit.*, p. 184.

²²¹¹ Voir à ce sujet : M. Shapiro, *Courts. A comparative and political analyse*, The University of Chicago press, Chicago, 1981, 246 p.

²²¹² Cité in J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, Paris, 2009, p. 23.

²²¹³ Déclaration d'indépendance des Etats-Unis d'Amérique, 4 juillet 1776, § 3 et dernier. Voir : D. Colas, *Textes constitutionnels français et étrangers*, Larousse, Textes essentiels, Paris, 1994, pp. 175 et 177.

²²¹⁴ M. Alliot-Marie, Audition du 8 décembre 2009. Cité in P. Houillon, Rapport n° 2163 fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi organique (n° 1983) relatif à l'application de l'article 65 de la Constitution, Assemblée nationale, 16 décembre 2009, p. 23.

révolutionnaire : « *Je suis magistrat. Je ne relève que de ma conscience. Toute promesse que je ferais serait contraire à mon devoir... Je ne vous connais plus. Je suis juge : je ne connais ni amis ni ennemis* »²²¹⁵. C'est l'incapacité du personnage à respecter sa déclaration, tout comme celui du Gouvernement révolutionnaire à éviter les excès de la Terreur, qui va précipiter sa chute. De la même manière, le besoin de recourir à un tiers impartial est susceptible de se faire sentir, y compris jusqu'au cœur de la sphère politique, pourtant réputé si inaccessible au fait juridictionnel. C'est cette exigence qui a conduit Benjamin Constant à théoriser, à partir de la personne royale, cette idée d'un « *pouvoir neutre* » situé « *au milieu, mais au dessus des quatre autres* », dans une « *sphère inviolable de sécurité, de majesté, d'impartialité* »²²¹⁶. La fonction de juge est alors de manière évidente, selon l'auteur, amenée à servir de modèle. Selon lui : « *lorsque les pouvoirs publics se divisent et sont prêts à se nuire, il faut une autorité neutre, qui fasse à leur égard ce que fait le pouvoir judiciaire à l'égard des individus... Le pouvoir royal est, en quelque sorte, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs* »²²¹⁷.

556. Si à la différence de l'indépendance, l'impartialité est de l'essence même de la fonction de juge, il convient *a priori* de considérer que la première trouve son utilité dans le service de la seconde. A défaut, l'exigence d'indépendance serait inutile. Comme l'écrit Maître Bredin, citant à l'appui le Doyen Carbonnier : « *Le vrai fondement de l'indépendance du juge est... qu'elle constitue une garantie de bonne justice, en tout cas un progrès vers cette bonne justice. « On peut espérer que la décision d'un juge libre soit plus impartiale, plus objective »* »²²¹⁸. Lors du deuxième congrès de l'Association des cours suprêmes et des cours de cassation francophones (AHJUCAF), consacré à l'indépendance de la justice, le Professeur Fall n'a pas opiné autrement, affirmant : « *Il est reconnu que l'indépendance du juge n'est pas une fin en soi ; elle est plutôt un moyen par lequel on parviendrait à une « bonne justice », c'est-à-dire à une justice impartiale qui assurerait une égalité de*

²²¹⁵ A. France, *Les dieux ont soif*, Le livre de poche, Classiques, Paris, 1989, p. 115.

²²¹⁶ B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, Chez Alexis Eymery, Paris, 1815, pp. 34 et 36. Il convient toutefois de rappeler que cette idée d'un « *pouvoir neutre* » dans la sphère politique, a été reprise au moment de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Devant le Comité consultatif constitutionnel, le Général de Gaulle, alors président du Conseil, devait présenter le chef de l'Etat comme « *un personnage impartial, qui ne se mêle pas de la conjecture politique* », et qui « *est là pour que les Pouvoirs publics fonctionnent normalement, régulièrement, comme il est prévu dans la Constitution* ». Voir : Comité consultatif constitutionnel, Séance du 8 août 1958, DPS, vol. II, 1988, p. 300.

²²¹⁷ B. Constant, *Réflexions sur la Constitution, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, H. Nicolle, Paris, 1814, p. 8.

²²¹⁸ J.-D. Bredin, *op. cit.*, p. 165.

tous les justiciables devant la loi »²²¹⁹. Le droit positif européen et communautaire, en partie inspiré du droit anglo-saxon, tend ainsi à faire prévaloir cette conception. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000, est notamment intitulé en ce sens : « *Droit...à accéder à un tribunal impartial* », tandis que la référence au droit à être entendu par un « *tribunal indépendant et impartial* », apparaît uniquement dans son second alinéa²²²⁰. Dans son avis n° 1 de 2001 sur les normes relatives à l'indépendance et l'inamovibilité des juges, le Conseil consultatif des juges européens indique quant à lui, que : « *l'indépendance est la garantie de l'impartialité* ». Un regard porté sur les effets négatifs de l'arbitraire du Pouvoir, est de nature à conforter cette acception. Ainsi que l'affirmait Benjamin Constant en 1815, dans un plaidoyer en faveur de l'inamovibilité : « *Un juge amovible ou révocable est plus dangereux qu'un juge qui a acheté son emploi. Avoir acheté sa place est une chose moins corruptrice qu'avoir toujours à redouter de perdre sa place* »²²²¹. Une situation de dépendance constituant, *a priori*, une cause de partialité, des garanties d'indépendance telles que l'inamovibilité ont logiquement été envisagées pour tenter d'y remédier.

L'admission de l'utilité de l'indépendance au regard de l'impartialité ne signifie cependant pas qu'il suffit, pour obtenir un magistrat impartial, de voir assurée son indépendance vis-à-vis du Pouvoir politique. Cette indépendance est certes de nature à favoriser l'impartialité du magistrat, mais non à la satisfaire. Bien au contraire, parce qu'elle élude d'autres aspects de l'indépendance du magistrat, elle est susceptible de nuire à la réalisation de l'impartialité, voire de justifier sa propre remise en cause par le Pouvoir. Ce risque a été clairement mis en exergue par Maître Bredin, s'agissant du juge français « *moderne* », devenu en apparence « *libre et fort* » et « *en mesure de faire trembler les pouvoirs légitimes* »²²²². Ainsi que cela ressort des interrogations initiales de l'auteur, il est possible de se demander si ce juge, « *débarrassé des dépendances traditionnelles* », est « *pour autant indépendant* », et s'il ne risque « *pas de se découvrir d'autres dépendances, non moins redoutables* ». L'avocat suggère alors deux séries de réponses. La première touche à la capacité du juge à être impartial. Ce dernier : est-il « *vraiment débarrassé des vestiges de la puissance d'Etat, de celle que celui garde pour permettre l'accès aux plus hautes fonctions, et surtout de celle dont il n'a cessé d'user, distribuant les signes*

²²¹⁹ A. B. Fall, *Les menaces internes de l'indépendance*, in AHJUCAF, *op. cit.*, p. 54.

²²²⁰ Il convient ici de préciser que cette référence à un « *tribunal indépendant et impartial* », est intégrée dans un corps de phrase qui constitue une reprise littérale du début de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950.

²²²¹ B. Constant, *Réflexions sur la Constitution...*, *op. cit.*, p. 34.

²²²² J.-D. Bredin, *op. cit.*, p. 164.

d'honneurs et de prééminence sociale, tels les décorations... ? » ; est-il « indépendant de son idéologie, de ses préjugés, de ses sympathies, et de ses animosités... ? » ; est-il « capable de refuser toutes les soumissions que propose la société ? » ; enfin, ne « risque-t-il pas, gonflé d'indépendance, de se soumettre à ses préjugés, à ses passions, à l'exaltation de son rôle et de son image, à sa carrière, bref à soi ? ». La seconde série de réponses, concerne la capacité du juge à demeurer un tiers impartial envers le Pouvoir politique. Ce juge : est-il « indépendant de son pouvoir, des forces que la loi et son indépendance lui donnent... ? » ; est-il « indépendant des autres juges, des hiérarchies mêmes symboliques, des organisations professionnelles, des syndicats... ? » ; et ne « risque-t-il pas, pour signifier ou servir son indépendance, de s'installer au-dessus des lois, des lois qui sont le produit d'un pouvoir qu'il défie, au-dessus du Droit si celui-ci risque de contrarier sa parfaite liberté ? ». Ce questionnement révèle bien que l'indépendance susceptible de coïncider avec l'impartialité du juge, ne peut se « contenter d'un statut qui libère le juge du pouvoir de l'Etat »²²²³.

557. Ce constat conduit donc à repenser l'indépendance attendue du juge, dans le cadre d'un processus actif de recherche et de maintien de son impartialité. Plus précisément, cette indépendance doit être envisagée, non plus seulement comme un ensemble de prescriptions destinées à limiter le champ d'intervention du Pouvoir contre le juge, mais plus largement comme un ensemble de prescriptions complémentaires visant à créer les conditions de son impartialité. Cette dernière est en effet, selon les termes de René Chazelle, « la résultante de bien des éléments »²²²⁴. Si elle dépend de l'indépendance du juge « vis-à-vis des pressions du pouvoir », elle découle encore de son indépendance « vis-à-vis des influences de tous ordres », de sa « valeur morale », de son « intelligence »²²²⁵, de sa méfiance « à l'égard de soi », de sa « compétence », de son respect de « l'Etat de droit »²²²⁶, ou encore de sa « responsabilité »²²²⁷. Le souci d'obtenir l'impartialité du juge suppose en conséquence, que l'Etat prenne au mieux en compte la nécessité de voir réuni cet ensemble de qualités, lors du recrutement et pendant la durée d'exercice des fonctions. Or, l'effort à accomplir en ce sens apparaît d'autant plus grand, que l'impartialité, qui est une « qualité morale », correspond à un degré élevé de vertu.

²²²³ J.-D. Bredin, *op. cit.*, p. 165.

²²²⁴ R. Chazelle, *op. cit.*, p. 73.

²²²⁵ *Ibid.*, p. 73.

²²²⁶ J.-D. Bredin, *op. cit.*, p. 166.

²²²⁷ E. Guigou, *L'impartialité de la justice* (état des lieux concernant la réforme de la justice présentée lors de la communication du garde des Sceaux en conseil des ministres, le 29 octobre 1997), Ministère de la justice, 1^{er} décembre 1999, www.justice.gouv.fr.

Le Premier président de la Cour de cassation, Simone Rozes, insistait sur ce point dans son discours de rentrée de 1988 : « *Être magistrat, c'est...impérativement avoir le sens de l'objectivité, savoir se prémunir de l'influence de son milieu, de sa culture, de ses préjugés et de ses conceptions religieuses, éthiques ou philosophiques, comme des opinions politiques...Être magistrat, c'est aussi éviter de céder aux sollicitations de l'opinion publique ou corporatiste, et préférer une vérité parfois impopulaire, embarrassante ou incommode, aux facilités de la démagogie* »²²²⁸. L'impartialité exprime dès lors, selon les mots de Jean-Louis Bredin : « *un idéal...qui traque toutes les formes de soumission ou de complaisance. Elle oblige le juge à prendre garde de ne jamais substituer une dépendance à une autre* »²²²⁹. L'impartialité excède encore la simple, mais pourtant déjà contraignante, obligation de neutralité, qui pèse sur la grande majorité des agents publics. Tandis que la seconde désigne une absence de prise de parti fondée sur une abstention, la première implique au contraire un comportement actif destiné à interrompre une incertitude²²³⁰. L'impartialité du juge, c'est sa pleine maîtrise de soi dans l'action.

Or, c'est à ce stade qu'intervient, au final, l'inamovibilité. En sa qualité de garantie exorbitante contre les évictions arbitraires, elle présente le mérite d'éclairer le Pouvoir politique sur cette problématique spécifique de l'indépendance du juge, fondée sur la prise en considération et le rejet de toutes les formes de dépendance. L'intérêt d'accorder une telle protection réside certes, comme le soulignait Benjamin Constant, dans sa propension à conjurer la force corruptrice générée par une situation d'amovibilité, mais aussi, d'après l'affirmation d'Alexander Hamilton, dans son aptitude à favoriser l'entrée et le maintien d'un personnel « utile » au sein de la judicature²²³¹. En effet, parce que l'inamovibilité opère un transfert du pouvoir d'éviction au détriment du Pouvoir politique, ce dernier devrait naturellement être

²²²⁸ S. Rozes, Discours de rentrée prononcé à l'occasion de l'Audience solennelle de début d'année judiciaire de la Cour de cassation, 6 janvier 1988, www.courdecassation.fr.

²²²⁹ J.-D. Bredin, *op. cit.*, p. 165.

²²³⁰ Voir notamment sur ce sujet : P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Editions du Seuil, Points / Essais, Paris, 2008, pp. 152-153.

²²³¹ Dans le *Federalist paper* n° 78, il écrit : “*There is...a further and weightier reason for the permanency of the judicial tenure, which is deductible from the nature of the qualifications they require...Hence it is, that there can but few men in the society who will have sufficient skill in the laws to qualify them for the stations of judges. And making the proper deductions for the ordinary depravity of human nature, the number must be still smaller of those who unite the requisite integrity with the requisite knowledge. These considerations apprise us, that the government can have no great option between fit character; and that a temporary duration in office, which would naturally discourage such characters from quitting a lucrative line of practice to accept a seat on the bench, would have a tendency to throw the administration of justice into hands less able, and less qualified, to conduct it with utility and dignity*”. Voir : *The judiciary department from McLean's edition*, New York, in Hamilton, Alexander; John Jay; and James Madison, *The Federalist papers*, Electronic text center, University of Virginia library, www.etext.virginia.edu.

amené à promouvoir aux fonctions de juge, des personnes possédant les qualités requises pour œuvrer de façon impartiale. Benjamin Constant écrivait d'ailleurs en ce sens, que les « *erreurs du pouvoir* » doivent être « *nécessairement... rares* » en matière de nomination, avant d'expliquer : « *il n'a aucun intérêt à en commettre, il en a un pressant à s'en préserver, puisque les juges sont inamovibles* »²²³². De la même manière, le Pouvoir devrait naturellement s'assurer de l'impartialité de l'organe d'éviction chargé de le remplacer, notamment afin d'éviter une situation dans laquelle : « *Tel magistrat...pourra se croire à l'abri des (sanctions) disciplinaires grâce...à une situation spéciale qui lui aura été faite, pourra commettre tous les actes répréhensibles sans craindre l'exercice du pouvoir disciplinaire ; tel autre se sentira incessamment placé sous le coup de (sanctions) qui pourront l'atteindre* »²²³³. Ces deux arguments pourraient sans doute être critiqués dans la mesure où le Pouvoir politique peut toujours chercher à s'assurer, par des moyens détournés, la partialité des juges inamovibles. Le Pouvoir peut ainsi agir en amont, lors du recrutement, en choisissant de nommer des personnes adhérant à ses vues. Mais le degré de protection assuré par l'inamovibilité pendant la durée des fonctions, tend à favoriser la prise d'autonomie, et parfois l'opposition²²³⁴. Le Pouvoir peut également tenter de contourner la garantie en aval, au moyen de l'avancement. Toutefois, les personnes exclues de l'avancement et celles qui le jugent insuffisant, voient leur partialité se développer contre le Pouvoir. Comme le disait Pierre-Paul Royer-Collard : « *Ne persécutez jamais un honnête homme pour une opinion qu'il n'a pas, vous la lui donnerez* »²²³⁵. Les personnes qui n'ont plus rien à espérer, gagnent leur autonomie. Quant à celles qui obtiennent l'avancement escompté, le sentiment qui les habite ne saurait être présumé, sans se remémorer les propos que tenait Dupin Aîné pour la défense de l'inamovibilité : « *rappelons-nous une vérité trop peu connue des gouvernants, c'est qu'il n'y a que ce qui résiste qui soutient* »²²³⁶.

²²³² B. Constant, *Réflexions sur la Constitution...*, op. cit., p. 36.

²²³³ E. de Marcère, Intervention à la Chambre des députés, 5 juin 1885. Cité in L. Ducom, op. cit., p. 125.

²²³⁴ Comme l'affirmait le Président des Etats-Unis, Harry S. Truman, à propos de la nomination des juges à la Cour suprême : « *Whenever you put a man on the Supreme Court, he ceases to be your friend* ». Dans le même sens, le Président républicain Eisenhower devait qualifier la nomination, pourtant politique, de Earl Warren au poste de *Chief Justice* de la Cour suprême, comme : « *the biggest damn-fool mistake* ».

²²³⁵ Cité par M. Barbet, conseiller d'Etat, *Biographie de Pierre-Paul Royer-Collard*, in L. Fougère, *Le Conseil d'Etat...*, op. cit., p. 305.

²²³⁶ A. Dupin, *Discours sur l'inamovibilité des juges*, in *Lois concernant l'organisation judiciaire*, p. 849. Cité in A. Carpentier, *Répertoire général alphabétique...*, t. 29, op. cit., p. 405.

558. Cette approche de l'inamovibilité n'est en réalité pas nouvelle, puisqu'elle se trouvait déjà impliquée au moment de la consécration initiale de cette garantie par le Pouvoir. Il convient effectivement de ne pas perdre de vue que, en droit français, l'exigence d'impartialité des juges a précédé de plus de deux siècles la reconnaissance de l'inamovibilité. Alors que la première résulte de la « *Grande ordonnance de Réformation* » de 1254, la seconde a été fixée par l'ordonnance du 21 octobre 1467. Si l'inamovibilité a été accordée, c'est en partant du principe que les juges étaient déjà supposés réunir, exception faite de l'indépendance vis-à-vis du Pouvoir royal, les autres qualités propre à assurer leur impartialité. Comme le souligne d'ailleurs Charles Loyseau, la décision de Philippe le Bel de conférer dès 1302, le bénéfice d'une garantie exorbitante d'éviction à certains officiers : « *fut pluftoft un privilege qu'il donna aux bons Officiers de fon temps, en recompense de leur integrité, qu'une regle generale & perpetuelle pour l'advenir* »²²³⁷. L'étude de l'histoire du droit anglais révèle un phénomène comparable. Tandis que l'impératif d'impartialité a été progressivement imposé entre 1289 et 1346, suite à des affaires de corruption²²³⁸, près de quatre siècles se sont écoulés avant de voir reconnue l'inamovibilité, par l'*Act of settlement* de 1701. En dépit de cet important écart, c'est bien un souci de conforter l'impartialité des juges britanniques qui a conduit la Couronne à leur accorder une garantie d'indépendance telle que l'inamovibilité. George III affirmait en ce sens, dans son adresse au Parlement prononcée le 3 mars 1761 : « *Je considère l'indépendance et la droiture des juges du pays comme essentielles à l'administration impartiale des droits et libertés...et je recommande à ce titre...que cette clause (inamovibilité) soit faite, pour sécuriser les juges dans la jouissance de leurs fonctions aussi longtemps qu'ils en seront dignes, jusqu'à leurs décès* »²²³⁹.

L'oubli de cette approche de l'inamovibilité en droit français, permet d'expliquer les critiques dont elle fait traditionnellement l'objet²²⁴⁰. L'idée qu'elle

²²³⁷ C. Loyseau, *Cinq livres...*, *op. cit.*, livre I, chap. III, p. 37, n° 95.

²²³⁸ Lord Justice Brooke, *Judicial independence – Its history in England and Wales*, in Judicial commission of New South Wales, *Fragile Bastion. Judicial independence in the Nineties and beyond*, www.judcom.nsw.gov.au.

²²³⁹ « *I look upon the independence and the uprightness of the Judges of the land as essential to the impartial administration of the rights and liberties...and I come now to recommend...that such farther provision (Parliament's address) may be made, for securing the judges in the enjoyment of their office during their good behavior, not withstanding any such demise* ». Cité par M. L. Volcansek, *England*, in M. L. Volcansek (dir.), *Judicial Misconduct. A Cross-National comparison*, University Press of Florida, Florida, 1996, pp. 73-74.

²²⁴⁰ « *On lui reproche son inutilité, en disant que le juge inamovible peut être tout aussi servile, et que, de plus, on se trouve désarmé s'il est privé d'aptitudes. On ajoute qu'elle est contraire aux principes de la démocratie dans laquelle tous les pouvoirs doivent émaner de la nation et être*

puisse créer l'impartialité du juge, y compris lorsqu'elle est conçue comme une garantie d'indépendance « statique », même quand le Pouvoir cherche à s'assurer la partialité du juge par des moyens détournés, relève tout simplement du mythe. Parce qu'elle est une garantie exorbitante de maintien dans la magistrature, l'inamovibilité offre dans ces conditions, un terreau favorable à l'essor de toutes les formes de dépendance. Il en va en revanche différemment en droit anglais, où l'inamovibilité reste considérée comme une garantie essentielle de l'indépendance du juge. Dans les années 1950, un enfant pouvait écrire, à propos de cette garantie accordée aux juges de la *High Court* : « *Peut-être qu'un des désavantages du système actuel réside dans le fait qu'une fois qu'un homme est devenu juge, il bénéficie d'une sécurité accrue dans son siège et peut uniquement être révoqué par une recommandation des deux chambres du Parlement. Ainsi, si un homme placé dans des fonctions de juge, se révèle être une personnalité profondément corrompu ou devient sénile... Mais (heureusement,) cela n'arrive pas très souvent* »²²⁴¹. Et alors que l'inamovibilité prévoit que les juges conservent leur siège, pour autant qu'ils n'ont pas démerité, le Lord Chancellor Mackay déclarait avec raison en 1994 : « *Je suis heureux d'affirmer qu'aucun juge britannique n'a jamais été révoqué par ce biais* »²²⁴². L'indépendance assurée par l'inamovibilité en droit anglais, semble ainsi reposer sur l'équation suivante. Parce que l'inamovibilité constitue une garantie exorbitante de maintien dans la magistrature, elle oblige le Pouvoir à promouvoir les qualités favorables à l'impartialité du juge ; et parce que ce dernier réunit ces qualités, l'inamovibilité tend à évoluer dans le sens d'une irrévocabilité de fait.

559. Au final, l'inamovibilité des magistrats est susceptible de s'analyser comme celle du « juge », au sens le plus noble du terme, c'est-à-dire comme une garantie exorbitante accordée à un magistrat qui présente les qualités d'impartialité nécessaires pour rendre la justice. Comment à défaut, serait-il possible de justifier le fait de confier au magistrat, dans le cadre d'une conception stricte de l'inamovibilité de résidence, le pouvoir exorbitant de consentir ou non à son affectation ? Comment serait-il possible d'expliquer, à propos de la garantie disciplinaire de l'inamovibilité, le principe de la soumission du magistrat au jugement de ses pairs ? Comment enfin

responsables devant elle ». Voir : A. Carpentier, *Répertoire général alphabétique...*, vol. 29, *op. cit.*, p. 405.

²²⁴¹ « *Perhaps one disadvantage of the present system is that once a man becomes a judge he is more secure in his position and he can only be removed by joint recommendation of both Houses of Parliament. Thus if a man got into the position of a judge and turned out to be a thoroughly villainous character or become senile or in his minor criticism. This would not happen very often* ». Voir : H. Cecil, *The English judge*, The Hamlyn trust, Stevens & Sons, London, 1970, pp. 49-50.

²²⁴² « *I am happy to say that no English judge have ever been removed in this way* ». Cité par C. Guarnieri, P. Pederzoli, *op. cit.*, p. 49. En effet, le seul juge à avoir jamais été révoqué en application de la procédure prévue par l'*Act of settlement* de 1701, était un irlandais en 1830.

analyser l'étonnement du monde anglo-saxon, pourtant perçu comme une sorte de « jardin d'Eden » de l'inamovibilité, à l'idée que les règles d'affectation au sein d'une juridiction ou de son ressort, ne puissent être laissées pour tout ou partie à « *la discrétion du juge-en-chef d'une juridiction* »²²⁴³ ? Parce qu'elle révèle un souci d'assurer à celui qui accède à la magistrature, sa pérennité dans celle-ci, l'inamovibilité devrait être non seulement comprise comme une garantie de maintien, mais plus précisément comme une garantie de maintien d'un : « *sujet investi de fonctions juridictionnelles satisfaisant à des critères de capacité, normalement un technicien du droit, de préférence se consacrant professionnellement à cette activité, disposant d'un statut qui le rend exempt de liens de dépendance dans le sens le plus large ; nommé par des organes impartiaux, ou dans le sens inverse détaché des liens institutionnels et toute forme de subordination et de responsabilité politique vis-à-vis des organes ou des corps qui l'ont désigné, soumis à des pouvoirs de types hiérarchiques en dehors de l'exercice de l'activité juridictionnelle, mais non à l'intérieur de l'appareil judiciaire dont il fait partie ; garanti par sa provenance et sa position institutionnelle ou personnelle, dans sa capacité à exercer la justice de façon impartiale et exempt de toute suspicion de partialité* »²²⁴⁴. L'inamovibilité est susceptible d'être conçue, en d'autres termes, comme l'expression de deux garanties étroitement liées dans la réalisation d'un objectif commun. Elle s'analyse comme une double obligation pour l'Etat : négative et positive. Elle est d'abord une garantie exorbitante d'indépendance consentie au magistrat impartial, à son égard, par le Pouvoir politique (**Chapitre 1**). Elle est aussi une garantie exorbitante d'indépendance assurée au magistrat impartial, par le Pouvoir politique, à l'égard du titulaire du poste ou du candidat à la magistrature (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Une exigence de mérite dans l'exercice des fonctions juridictionnelles

Chapitre 2. Une exigence de stabilité dans l'exercice des fonctions juridictionnelles

²²⁴³ Voir par exemple à ce sujet : A. Lajoie, professeur à la Faculté de droit de Montréal, *L'indépendance du judiciaire : le contrôle interne*, in British institute of international and comparative law, Institut des hautes études sur la justice, Société de législation comparée, *Rendre compte de la qualité de la justice*, Actes du colloque franco-britannique des 14 et 15 novembre 2003, Paris, www.courdecassation.fr.

²²⁴⁴ Modèle de juge dans un Etat de droit, propose par V. Onida, *Giurisdizione e giudici nella esperienza della Corte Costituzionale*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (dir.), *Sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 193 et s.

CHAPITRE 1 . UNE GARANTIE DU MAGISTRAT IMPARTIAL FACE AU POUVOIR POLITIQUE

560. L'inamovibilité peut d'abord être conçue comme un code de conduite édicté à l'adresse du Pouvoir politique, afin que celui-ci restreigne son champ d'intervention contre le juge en matière d'éviction. La principale difficulté réside néanmoins, dans la détermination du degré de limitation qu'elle requiert. Jean-Louis Spriet affirme ainsi que l'inamovibilité « *constitue une faveur considérable octroyée aux magistrats assis* », « *puisque'elle leur donne une grande stabilité dans l'exercice de leurs fonctions* ». Mais l'auteur tempère immédiatement son propos, en ajoutant qu'il : « *ne faudrait pas croire qu'elle leur assurât une stabilité absolue et définitive* »²²⁴⁵. L'intérêt de la fonction publique occupée s'y oppose *a priori* dans la mesure où, pour reprendre une formule du Professeur Jèze, le fonctionnaire quel qu'il soit, y compris le magistrat : « *est fait pour la fonction et non pas la fonction pour le fonctionnaire* ». A l'instar des autres garanties d'indépendance, l'inamovibilité ne constitue pas un privilège accordé au magistrat qui en bénéficie, mais est plutôt un moyen d'assurer l'accomplissement de la fonction conformément à son essence. « *Le titulaire de la fonction n'en bénéficie qu'indirectement* »²²⁴⁶. Ceci explique, selon les Professeurs Solus et Perrot, que la justification de l'inamovibilité : « *se chercherait vainement dans le désir de favoriser la tranquillité ou l'intérêt personnel des magistrats qui pourraient ainsi, à son abri, de montrer négligents dans l'exercice de leurs fonctions, commettre des fautes disciplinaires, voire même des faits délictueux de droit commun* »²²⁴⁷. D'ailleurs, comme l'estimait très justement le Commissaire du gouvernement Odent, dans ses conclusions sur l'arrêt « *Véron-Réville* » du 27 mai 1949 : « *si les garanties...octroyées aux magistrats du siège n'étaient destinées qu'à leur procurer des avantages personnels de stabilité, une situation privilégiée parmi les autres agents publics, on concevrait très bien que l'importance de cette faveur fût limitée chaque fois que s'imposeraient*

²²⁴⁵ J.-L. Spriet, *op. cit.*, p. 59.

²²⁴⁶ G. Jèze, *La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur la discipline et la révocation des fonctionnaires publics*, note sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 février 1904, « *Corréard* », RDP, 1904, p. 781.

²²⁴⁷ H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, *op. cit.*, pp. 662-663.

des raisons tirées de l'intérêt du service, des commodités d'une bonne administration de la justice »²²⁴⁸.

Tel n'est pas le cas de l'inamovibilité. Elle a vocation à favoriser l'exercice impartial de leur fonction par les magistrats du siège. Ces derniers étant nommés par le Pouvoir politique, « *il est nécessaire qu'ils aient, le cas échéant et pour fortifier la résolution de leur caractère et les inspirations de leur conscience, le moyen, en droit et en fait, de résister sans avoir à craindre pour leur situation aux pressions du gouvernement ou de plaideurs puissants* »²²⁴⁹. La critique susceptible d'être tirée de la situation des membres du Conseil d'Etat, et consistant à dire que l'absence d'inamovibilité de droit n'affecte pas leur capacité à agir de manière impartiale, n'est pas totalement probante. D'une part, un accord tacite avec le Pouvoir et le rapprochement progressif des deux ordres de juridiction, sont venus compenser cette lacune à travers l'émergence d'une inamovibilité « *coutumière* »²²⁵⁰. Mais d'autre part, il n'est pas certain que cette coutume ait pu pallier pleinement au défaut d'inamovibilité, s'agissant de cette exigence d'impartialité. Ainsi que l'a souligné le Doyen Favoreu, cette coutume n'a été respectée : « *que parce que le Conseil d'Etat a toujours observé une réserve prudente à l'égard du Parlement sous les IIIe et IVe Républiques* »²²⁵¹. Une attitude analogue a été suivie depuis 1958, vis-à-vis du Pouvoir exécutif. En outre, l'affirmation de l'existence de cette garantie, reste étroitement liée aux temps normaux, par opposition aux « *périodes exceptionnelles* »²²⁵². Or, comme le rappelle bien le Professeur Jean Morange, c'est : « *lorsqu'un droit fondamental sera bafoué, parfois par les plus hautes autorités de l'Etat, que l'on aspirera à trouver un juge pouvant et voulant leur tenir tête* »²²⁵³. Une inamovibilité de droit peut dès lors se révéler plus utile pour l'impartialité, qu'une simple inamovibilité « *coutumière* ».

561. En dépit de ces éléments doctrinaux, force est de constater que le droit positif laisse subsister une incertitude, concernant le rapport d'adéquation unissant l'inamovibilité et l'objectif d'impartialité. Ce doute ressort particulièrement à travers le jugement porté par le Professeur Renoux, sur l'interprétation restrictive de

²²⁴⁸ R. Odent, Conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 27 mai 1949, « *Véron-Réville* », Gazette du Palais, 2^e sem., 1949, pp. 35-36.

²²⁴⁹ H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 663.

²²⁵⁰ Cf. Partie II, titre I, chapitre 2 de la thèse.

²²⁵¹ L. Favoreu, *Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ?*, Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, Paris, p. 125.

²²⁵² J.-M. Auby, R. Drago, *Traité de contentieux...*, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 1962, p. 252.

²²⁵³ J. Morange, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 94.

l'inamovibilité de résidence, au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel²²⁵⁴. L'auteur remarquait en effet dès 1982, dans sa thèse : « *N'est-ce pas déjà là le signe d'une certaine dégénérescence ? Peut-on encore aujourd'hui donner de l'inamovibilité des magistrats du siège une définition véritablement distincte de celle de la notion d'indépendance, notion dans laquelle elle semble se dissoudre peu à peu ?...La question qui nous paraît désormais se poser n'est plus tant de savoir si l'inamovibilité fait l'objet d'un respect littéral mais plutôt de s'assurer que l'indépendance du magistrat, d'une façon générale, n'est plus menacée* »²²⁵⁵. Cette opinion, si elle tout à fait juste, n'est toutefois pas sans susciter un certain malaise. Elle laisse supposer que l'indépendance attendue du magistrat ne peut être permise par la mise en œuvre de l'inamovibilité « *littérale* », mais par une application limitée de celle-ci. Autrement dit, une partie des prescriptions de cette garantie ne se justifierait pas, voire pourrait nuire à la finalité poursuivie.

Cette idée se heurte pourtant à un double obstacle. D'une part, le droit positif français ne donne aucune définition de l'inamovibilité des magistrats du siège au niveau constitutionnel. Cela a déjà été souligné à plusieurs reprises. Il paraît dès lors difficile d'incriminer cette garantie, à partir de moyens tirés de sa base juridique. D'autre part, le Pouvoir constituant a entendu consacrer cette garantie à onze reprises depuis 1791, la rétablir en 1945, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, et lui rendre son statut constitutionnel en 1946, après le rejet du retour aux institutions de la III^{ème} République. Or, il semble tout aussi malaisé de présumer l'absence de discernement de la part du Souverain, en choisissant de constitutionnaliser cette garantie. Il convient en conséquence d'admettre, pour reprendre les termes employés par le Commissaire du gouvernement Odent, dans ses conclusions sur l'arrêt « *Véron-Réville* », qu'il serait : « *tout à fait spécieux d'opposer...l'intérêt de l'Administration de la justice et l'inamovibilité des magistrats, puisque du respect de cette inamovibilité dépend* », faute d'argument contraire, « *le bon fonctionnement de la justice* »²²⁵⁶. Reste que les critiques dont fait l'objet l'inamovibilité, soulèvent à la fois un problème de hiérarchie des normes, d'effectivité de la règle de droit, et de compétence normative. La suspicion dont les Pouvoirs politiques constitués entourent traditionnellement l'inamovibilité, révèle qu'ils ne remplissent pas correctement leur fonction d'application de la loi, et plus précisément de la loi de valeur constitutionnelle. L'inamovibilité ne s'impose pourtant pas à eux comme un dogme absolu, mais comme une garantie qu'il leur revient de mettre en œuvre dans le respect du cadre défini par le Pouvoir constituant. Mais c'est justement là que

²²⁵⁴ Cf. Partie I, titre II, chapitre 2 de la thèse.

²²⁵⁵ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire...*, op. cit., p. 136.

²²⁵⁶ R. Odent, op. cit., p. 36.

réside l'embarras : le Pouvoir constituant fait lui-même preuve d'attentisme dans l'exercice de ses fonctions, en ne définissant plus l'inamovibilité depuis le République décennale²²⁵⁷. Son attitude paraît illustrer cette « *mentalité continentale* » dénoncée par Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos, plus soucieuse d'un « *droit dogmatique* »²²⁵⁸ et de la « *portée symbolique* »²²⁵⁹ de ce droit perçu comme un idéal, que de son application réelle. Or, la conséquence d'un tel comportement est de laisser à d'autres le soin de définir l'inamovibilité²²⁶⁰, ce parfois au détriment de cette garantie et du fonctionnement de la justice.

562. « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans !* ». A partir du moment où le Pouvoir politique, et en particulier le Pouvoir constituant, choisit d'accorder une assise juridique à l'inamovibilité, il lui appartient *a priori* de prendre les mesures nécessaires afin que cette garantie serve dans son intégralité, l'indépendance requise du magistrat. C'est vis-à-vis d'une telle protection, qu'il va pouvoir être affirmé, selon la formule du Commissaire du gouvernement Odent, qu'elle : « *ne doit connaître ou subir aucune restriction ni directe, ni indirecte, ni dans son principe, ni dans ses conséquences nécessaires* »²²⁶¹. Dans l'intérêt commun de l'inamovibilité et de la fonction juridictionnelle, la réalisation d'un tel objectif passe concrètement par un souci de définition explicite, à la fois externe (**Section 1**) et interne (**Section 2**) de cette garantie.

²²⁵⁷ Régime de transition établi par le Prince-président Louis-Napoléon Bonaparte, au lendemain du coup d'Etat du 2 décembre 1851. La formule est notamment utilisée in L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, pp. 467-526.

²²⁵⁸ J. Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 10^e éd., 2001, p. 136.

²²⁵⁹ A. Garapon, I. Papadopoulos, *op. cit.*, p. 55.

²²⁶⁰ Les effets contreproductifs d'un tel attentisme ont notamment été dénoncés au Canada, à propos de la définition du principe d'indépendance. Selon le Professeur Morel : « *Nulle part on ne le proclame en termes exprès et, sur la base de textes sibyllins, on abandonne au pouvoir judiciaire lui-même le soin d'élaborer son statut propre, qu'en toute logique et démocratie le constituant souverain aurait dû lui octroyer* ». Voir : A. Morel, Préface de l'ouvrage de K. Benyekhlef, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Editions Yvon Blais, Cowansville, 1988. Cité par K. Benyekhlef, *Canada*, in T. S. Renoux (dir.), *Les statut constitutionnel des juges...*, *op. cit.*, pp. 147-148.

²²⁶¹ R. Odent, *op. cit.*, p. 35.

SECTION 1 . Une garantie constitutionnalisée dans l'intérêt de la fonction juridictionnelle

563. La constitutionnalisation de l'inamovibilité répond bien entendu, de prime abord, à une exigence d'ordre normative. Elle est prescrite en ce sens, par plusieurs instruments européens. C'est ainsi que le Principe 60 (a) de l'avis n° 1 sur les normes relatives à l'indépendance et l'inamovibilité des juges, dispose que cette dernière : « *devrait être un élément exprès de l'indépendance consacrée au niveau interne le plus élevé* »²²⁶². Le Principe 1.2 de la Charte européenne sur le statut des juges, prévoit plus largement que : « *les principes fondamentaux du statut des juges sont énoncés dans les normes internes du niveau le plus élevé* ». Or, l'échelon normatif adéquat est précisément désigné par ce second texte. Il s'agit de la Constitution, « *pour les Etats européens disposant d'une constitution rigide* », et des normes de valeur au moins législative constituant « *en même temps le niveau le plus élevé* », « *pour un Etat doté d'une constitution souple* »²²⁶³. Le but poursuivi par la constitutionnalisation de l'inamovibilité, est de la préserver des risques d'atteinte susceptibles d'émaner des pouvoirs constitués. L'exposé des motifs de la Charte précitée, indique ainsi qu'une telle inscription vise à empêcher que cette garantie puisse être modifiée « *par des procédures expéditives non proportionnés aux enjeux en cause* », mais également que le législateur ou le pouvoir réglementaire « *adopte des dispositions ayant pour objet ou pour effet de (la) méconnaître* »²²⁶⁴.

La comparaison des statuts respectifs des membres du Conseil d'Etat et de ceux du Conseil constitutionnel, illustre clairement l'utilité d'une telle protection. Tandis que le premier est de nature législative et réglementaire, le second relève pour l'essentiel de la Constitution et de la loi organique. Or, là où l'Hôte du Palais Royal est obligé de justifier son indépendance depuis deux siècles, grâce à la subtilité de sa jurisprudence et de ses avis, l'Hôte de la rue de Montpensier est en mesure de s'appuyer largement sur son statut, depuis son émancipation au début des années 1970. Le Doyen Favoreu a pu observer à cet égard, que le Conseil constitutionnel : « *ayant pris des décisions fort mal accueillies par la nouvelle majorité après mai 1981, a été menacé de représailles par un certain nombre de représentants de celles-ci, mais que ces menaces n'ont pas été suivies d'effet, notamment parce que le*

²²⁶² CCJE, Avis n° 1 (2001) du 23 novembre 2001, sur les normes relatives à l'indépendance et l'inamovibilité des juges.

²²⁶³ Exposé des motifs de la Charte européenne sur le statut des juges, des 8-10 juillet 1998, Principe 1.2 § 1.

²²⁶⁴ *Ibid.*, Principe 1.2 § 2.

Conseil...était protégé par son statut constitutionnel et organique »²²⁶⁵. Un peu auparavant dans son propos, il indiquait d'ailleurs : « *les décisions gênantes, du type de l'arrêt Canal, sont monnaie courante en matière de justice constitutionnelle* »²²⁶⁶.

564. Mais la constitutionnalisation de l'inamovibilité poursuit également, en amont de la fonction normative, un rôle de justification. La Constitution est destinée à regrouper l'ensemble des principes et règles les plus importants de l'Etat, ayant trait à la transmission et à l'exercice du pouvoir, ainsi qu'aux droits et libertés des gouvernés. Elle doit plus précisément déterminer et organiser cet ensemble d'une manière suffisamment homogène, puisqu'elle définit *a priori* « *la forme du gouvernement* », et s'analyse plus largement comme « *l'ordre et l'arrangement des parties d'un tout* »²²⁶⁷. En conséquence, il ne suffit pas d'inscrire une règle ou un principe dans la Constitution, pour qu'il puisse être regardé comme constitutionnel par les pouvoirs constitués et les gouvernés, encore faut-il expliquer qu'il s'insère aussi de manière cohérente, dans un système supposé revêtir cette qualité. Tel est l'objet de la constitutionnalisation, envisagée dans sa seconde acception, qui est de : « *rendre constitutionnel, conforme à la Constitution* »²²⁶⁸. Constitutionnaliser l'inamovibilité revient donc à justifier à l'échelon constitutionnel, pourquoi les magistrats du siège de l'ordre judiciaire bénéficient de cette garantie exorbitante d'éviction, au lieu d'être soumis au régime de responsabilité politique des gouvernants ou au droit commun de la fonction publique²²⁶⁹. Si la finalité est entendue, à savoir permettre l'exercice de la fonction juridictionnelle, reste à déterminer les moyens de cette explication. Ce dernier paraissent devoir consister en l'état du droit français, de façon positive, par un souci de qualification de l'inamovibilité (§ 1), mais également, de manière négative et complémentaire, par un effort d'unification de cette garantie (§ 2).

²²⁶⁵ L. Favoreu, *Le juge administratif...*, *op. cit.*, p. 125.

²²⁶⁶ *Ibid.*, p. 124.

²²⁶⁷ Dictionnaire de l'Académie française, 6^e éd., 1832-5, 8^e éd., 1932-5.

²²⁶⁸ Dictionnaire Trésor.

²²⁶⁹ Voir à ce sujet, la problématique posée sur le site du Service public de la justice au Royaume-Uni : Judiciary of England and Wales, *Judicial accountability and independence*, www.judiciary.gov.uk.

§ 1. Une garantie qualifiée à l'aune de la fonction juridictionnelle

565. L'inamovibilité, comme l'indépendance, est *a priori* conçue pour servir la fonction juridictionnelle. Cependant, le droit français et notamment constitutionnel tend à faire peser une incertitude, et cela n'a été que trop souligné à l'occasion des développements précédents, sur les raisons de ce soutien. En effet, ces garanties pourraient se justifier aussi bien par l'existence d'un pouvoir juridictionnel, envisagé comme le support de cette fonction, que par le souci de rendre la justice de manière impartiale. Parce que le terme d'impartialité associé à la justice, n'est apparu dans aucune des Constitutions qui se sont succédées en France depuis 1791, l'indépendance et l'inamovibilité inscrites dans ces textes, ont longtemps été présumées être au service d'un pouvoir judiciaire. Le Professeur Jacquelin écrivait ainsi en 1933, que : « *L'inamovibilité des juges, doit être regardée comme l'un des éléments constitutifs du Pouvoir judiciaire, parce qu'elle apparaît comme une garantie d'indépendance des magistrats et que l'indépendance ne peut se concevoir qu'entre pouvoirs distincts* »²²⁷⁰. De la même façon, mais en sens inverse, les Professeurs Barthélémy et Duez résumaient l'opinion d'une majorité de la doctrine, la même année, en relevant que : « *Une fois établi l'affirmation qu'il existe un « pouvoir judiciaire », on en fait découler toute une série de conséquences pratiques : 1° les juges doivent être indépendants du Parlement et du Gouvernement* »²²⁷¹. Présentée comme le corollaire d'un pouvoir judiciaire, dont les Constitutions successives ne disaient pas qu'il devait agir de manière impartiale, à l'instar d'un pouvoir « neutre », l'inamovibilité a été assimilée de façon durable, à la garantie d'un « *pouvoir (juridico-politique) de l'Etat* »²²⁷². Ce faisant, et l'histoire de la magistrature et de l'inamovibilité l'ont bien montré, il n'est pas certain que l'intérêt de la fonction juridictionnelle ait été défendu au mieux par ce biais²²⁷³. Dans un objectif d'impartialité, il est plus modestement, mais plus sûrement attendu de

²²⁷⁰ M. Jacquelin, *Répétitions écrites...*, *op. cit.*, p. 34.

²²⁷¹ J. Barthélémy, P. Duez, *op. cit.*, p. 848.

²²⁷² A. de La Oliva Santos, *Le Conseil général du pouvoir judiciaire, garant de l'indépendance de la justice (Espagne)*, in Conseil de l'Europe, *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature*, Actes de la Réunion multilatérale organisée du 9 au 11 novembre 1993 à Madrid, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995, p. 54.

²²⁷³ Cf. Partie I de la thèse. A la lumière de cette histoire, qui est celle de la France mais également celle de l'Europe continentale, le Professeur de La Oliva Santos écrit : « *il ne devrait pas exister de « pouvoir judiciaire » semblable aux autres pouvoirs classiques de l'Etat et, plus concrètement, de pouvoir constitué par la magistrature ou le parquet pris comme l'ensemble des juges et des magistrats, parce que l'ensemble de ces fonctionnaires (à l'instar de l'ensemble des organes juridictionnels) n'est pas et n'a pas besoin d'être – entendons : n'en a besoin pour rien de bon – ni de se constituer en un « pouvoir (juridico-politique) de l'Etat* » ». in *Ibid.*, p. 54.

l'indépendance qu'elle assure : « *une protection des activités juridictionnelles de l'autorité judiciaire contre les empiètements du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif* »²²⁷⁴. L'inamovibilité suppose, dans ce contexte, d'être d'abord présentée comme une garantie défensive destinée à protéger le magistrat dans l'exercice de la fonction juridictionnelle (A), contre les empiètements arbitraires du Pouvoir politique (B).

A . Une garantie dans l'exercice de la fonction juridictionnelle

566. Dans les textes constitutionnels comme législatifs, la justification qui préside à la reconnaissance de l'inamovibilité aux magistrats ne devrait, *a priori*, souffrir aucune ambiguïté. Le caractère exorbitant de cette garantie est légitimé par le fait qu'elle est réputée couvrir la seule fonction juridictionnelle, conçue par opposition avec d'autres attributions, notamment d'ordre politique, n'ayant pas pour critère l'impartialité (1°). La couverture offerte par l'inamovibilité ne saurait pour autant être minorée. Si elle a pour objet de protéger le magistrat dans la seule fonction juridictionnelle, elle a, *a fortiori*, vocation à assurer cette protection dans toute la plénitude de cette dernière (2°).

1°) Une garantie au service de la fonction juridictionnelle

567. Ainsi que cela a été souligné précédemment, l'inamovibilité ne saurait être accordée au magistrat pour l'exercice de fonctions non juridictionnelles incompatibles, et, à plus forte raison, pour celui des fonctions politiques qui, avec la fonction de juger, composent cette « *trinité mystérieuse* »²²⁷⁵ qui forme la souveraineté. Elle cesserait, à défaut, d'avoir une raison d'être. Cette perte de légitimité d'une inamovibilité, alors jugée exorbitante et suspectée de soutenir un pouvoir aux prétentions hégémoniques, ne résulterait cependant pas, dans ce contexte, et il convient d'insister sur ce point, de sa dévolution au magistrat pour l'exercice des fonctions juridictionnelles. Elle serait due au fait que ce même magistrat bénéficierait, au-delà de cette dernière attribution, « *d'un cumul de compétences avec extension des garanties de statut aux fonctions non juridictionnelles* »²²⁷⁶. Ce qui au fond s'avérerait critiquable, c'est cette association

²²⁷⁴ CSM, rapport annuel d'activité 1999, Les éditions des Journaux officiels, Paris, 1999, p. 95.

²²⁷⁵ J. Barthélémy, P. Duez, *op. cit.*, p. 848.

²²⁷⁶ O. Pfersmann, *Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ?*, in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Séminaire international des 13 novembre 1998 et 28 mai 1999, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001, p. 52.

quelque peu contre-nature entre l'inamovibilité et des fonctions politiques ou d'administration active. Pour reprendre ce qu'écrivait René Bourdin dans sa thèse de doctorat en 1949, à propos des fonctions politiques : « *Ce domaine n'est pas celui de l'indépendance ; il lui est hostile* »²²⁷⁷. Ce faire reviendrait à opposer aux Pouvoirs exécutif et législatif qui relèvent des mécanismes traditionnels de responsabilité politique, sur le terrain de leurs attributions et à leur détriment, un autre pouvoir politique jouissant de l'inamovibilité. Le pouvoir qui en résulterait alors, ne saurait, à proprement parler, être qualifié de « judiciaire ».

C'est pourtant cette dernière conception qui a prospéré au sortir de l'Ancien Régime, pour désigner la situation évoquée. La culture juridique française reste encore aujourd'hui hantée par ce seul spectre d'un « pouvoir judiciaire », représenté sous les traits d'un magistrat inamovible qui, sortant de sa « réserve » juridictionnelle, viendrait s'emparer, avec le bénéfice de cette garantie, d'une fonction politique ou d'administration active. Cette approche s'explique par une compréhension imparfaite du système institutionnel de l'Ancienne Monarchie, et par l'utilité politique de son instrumentalisation depuis le XIXe siècle. Si elle a eu le mérite de justifier la définition d'une inamovibilité posant les limites d'une telle immixtion, il n'en demeure pas moins que la réalité qu'elle dissimule aurait d'abord supposé de voir affirmé un principe cantonnant cette garantie aux fonctions juridictionnelles.

568. Au risque de paraître contredire les développements consacrés en première partie de la thèse, à l'affirmation d'un « pouvoir judiciaire » sous l'Ancien Régime²²⁷⁸, il faut bien admettre l'inadéquation du recours à cette seule notion, pour appréhender ce que furent véritablement les anciens parlements. D'un point de vue rétrospectif, il apparaît effectivement « *peu approprié* » de concevoir ceux-ci « *comme les porte-drapeaux d'un pouvoir judiciaire* », alors que l'état du droit, la pratique et les thèses parlementaires n'allaient pas dans « *le sens de la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire conçu comme une entité organique et autonome* »²²⁷⁹. Mieux encore, comme l'a justement souligné le Professeur Halpérin, ces parlements avaient « *vocation, depuis leur origine, à sortir de la sphère strictement contentieuse* »²²⁸⁰. C'est-à-dire que, sans même évoquer les actions qui ont illustré une volonté d'empiètement sur le Pouvoir royal, il a été très tôt acquis

²²⁷⁷ R. Bourdin, *op. cit.*, p. 35.

²²⁷⁸ Cf. Partie I, titre I, chapitre 1 de la thèse.

²²⁷⁹ J.-L. Halpérin, *1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France*, Justices, n° 3, janvier-juin 1996, p. 15.

²²⁸⁰ *Ibid.*, p. 15.

que les parlements bénéficiaient, parallèlement à leurs fonctions juridictionnelles, d'attributions législatives, gouvernementales ou d'administration active. Et il a corollairement été très tôt admis, faute de voir soulever cette question, que les magistrats étaient également inamovibles dans toutes ces attributions. Parmi ces fonctions extra-judiciaires dévolues aux parlements, il convient notamment d'évoquer le pouvoir d'enregistrer les lettres patentes et celui de prononcer des arrêts de règlement, dont la doctrine fait remonter les origines à l'époque de la *Curia regis*²²⁸¹. C'est encore le cas du rôle spécifique que reconnaissait la royauté au Parlement de Paris, dans la résolution des plus hautes affaires de l'Etat. La liste des interventions opérées à ce titre sont nombreuses, et il est possible de citer entre autres exemples, « *la succession au trône, l'organisation des régences, la validité des testaments politiques, les exécutions testamentaires du roi défunt* », la conclusion des « *concordats* », ou encore « *les cessions de territoires, les projets d'abdication...et les grands traités* »²²⁸². A la lumière de ces éléments, il est sans doute plus facile de comprendre l'opinion que formulait le Député Thouret, lors de la séance de l'Assemblée nationale constituante du 24 mars 1790. Au nom du Comité de Constitution, celui-ci déclarait : « *Un des abus qui ont dénaturé le pouvoir judiciaire en France est la confusion des fonctions qui leur (tribunaux) sont propres avec les fonctions incompatibles des autres pouvoirs publics* »²²⁸³.

D'ailleurs, si c'est bien cette confusion des pouvoirs que les Constituants ont en réalité voulu dénoncer, plutôt que l'existence d'un hypothétique « pouvoir judiciaire » cantonné à la sphère juridictionnelle, force est de constater que les parlements avaient progressivement paru reléguer leurs fonctions juridictionnelles au rang d'attributions secondaires. En ce sens, La Roche-Flavin soulignait déjà en 1617, que : « *La premiere & principale autorité defdits Parlemens, c'est de veriffier les*

²²⁸¹ A propos de l'enregistrement des lettres patentes, Bertrand de la Roche-Flavin écrivait : « *Les Parlemens n'ont esté feulement establis pour le jugement des affaires & des procez entre parties privées, mais ils ont esté auffi destinez, pour les affaires publiques, & verification des Edicts : car tout ainfi que sous Charlemagne & les successeurs ont n'entreprenoit chose de consequence au Royaume, que l'on n'affemblat le Parlement composé des Princes, Prelats, Barons & plus apparens du Royaume, pour avoir l'œil sur cest affaire : auffi ce Parlement ayant esté arrefté, fut trouvé bon, que les volontez generales de nos Roys n'obtiffent point lieu d'Edicts* ». In *Treze livres...*, op. cit., liv. XIII, chap. XVII, p. 701. De la même façon, s'agissant des arrêts de règlement, Yves Gaudemet rappelle que : « *L'origine du procédé remonte à la curia regis qui rendait des règlements en même temps que des jugements. Telle était également la justice qu'on prêtait à Saint-Louis sous le chêne de Vincennes...P. Sueur ajoute encore « les cours souveraines, émanant de l'antique formation de la curia regis, emportèrent la prérogative qui passa en coutume renforcée par l'apport du droit romain qui concédait au préfet du prétoire des pouvoirs réglementaires* ». In *L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Paris, 2007, p. 390.

²²⁸² J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, op. cit., p. 65.

²²⁸³ Cité in J. Laferrière, *Répétitions écrites de droit administratif*, Les cours de droit, Paris, 1941, p. 51.

Ordonnances & Edicts du Roy »²²⁸⁴. Cent quarante ans plus tard, en 1757, le parlement de Rennes se faisait plus explicite, en proclamant que : « *Les fonctions qui caractérisent le parlement ne consistent pas à juger quelques procès... ; quelques portion détachée des droits du magistrat ne peut être regardée comme une plénitude de magistrature qui constitue essentiellement les droits et les fonctions du parlement. Juger l'équité et l'utilité des lois nouvelles, la cause de l'Etat et public, maintenir l'ordre et la tranquillité dans le royaume, exercer une juridiction souveraine et de police générale...tels sont les droits et les fonctions primitives, exclusives et caractéristiques du parlement* »²²⁸⁵. Avec des parlements français qui se réclamaient bien plus du Parlement britannique, que des cours supérieures au sein desquelles siégea le fameux Juge Coke, la lutte qui les a opposés au roi puis à l'Assemblée nationale de 1789 s'est, *in fine*, moins située « *sur le terrain* » de l'existence, « *de la définition et de l'indépendance du pouvoir judiciaire* », que sur celui du « *partage du pouvoir* »²²⁸⁶ politique et d'administration active.

569. Les Révolutionnaires sont, semble-t-il, parvenus à effectuer ce départ, puisque, tout en consacrant l'appellation de « pouvoir judiciaire », ils ont entendu circonscrire le rôle des successeurs des parlements à la seule activité juridictionnelle, en application du principe de la séparation des pouvoirs consacré à l'article 16 de la Déclaration de 1789. Les régimes qui se sont succédés depuis l'an VIII ont paru confirmer ce cantonnement, quoique prenant soin d'écarter la référence au « pouvoir judiciaire », il est vrai devenu illusoire du fait de l'abaissement de la juridiction judiciaire au rang d'une simple administration. En revanche, les Pouvoirs publics ont continué à alimenter cette vision d'une magistrature judiciaire poussée à cumuler, avec le bénéfice de l'inamovibilité, des fonctions extra-juridictionnelles. De manière positive, il appartient d'évoquer depuis l'an VIII, la réintroduction de l'appellation particulièrement ambiguë de « magistrat », pour désigner les « *personnes investies, à titre professionnel, du pouvoir de rendre la justice ou de la requérir au nom de l'Etat* »²²⁸⁷. En effet, l'emploi de ce terme « *rendu équivoque par l'exemple romain* », s'était justement révélé un moyen pour les parlements d'Ancien Régime, d'entretenir « *la confusion entre les domaines judiciaire, législatif et administratif dans lesquels ils aspiraient à jouer un rôle prépondérant* »²²⁸⁸. Dans le schéma

²²⁸⁴ B. de la Roche-Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, p. 702.

²²⁸⁵ Extrait des remontrances du parlement de Rennes du 12 mars 1757. Cité in M. Billaud, *Réflexions sur la justice*, Revue administrative, n° 360, novembre 2007, p. 613.

²²⁸⁶ J.-L. Halpérin, *1789-1815...*, *op. cit.*, p. 15.

²²⁸⁷ G. Cornu, *op. cit.* 4^{ème} éd., 2009, p. 564.

²²⁸⁸ J.-L. Halpérin, *1789-1815...*, *op. cit.*, p. 20.

napoléonien, la reprise de cette expression permettait d’asseoir et d’assurer la cohérence d’une institution judiciaire qui, regroupant le siège, l’instruction et le parquet, devait constituer l’un des piliers du régime consulaire puis impérial. Deux cents ans plus tard, s’il est vrai que le mot « magistrat » ne renvoie plus que rarement à la conception qui fut d’abord la sienne sous l’Ancienne Monarchie et dans la Rome antique²²⁸⁹, les débats qui entourent les questions du statut et du rôle du juge d’instruction et du parquet, continuent à rappeler qu’il exprime une passerelle vers des fonctions non juridictionnelles²²⁹⁰. Or, si la notion de « magistrat » induit une certaine idée de confusion des fonctions ou des pouvoirs, elle suggère aussi que ses bénéficiaires jouissent d’une indépendance égale à celui qui en constitue l’élément intangible : le juge²²⁹¹. Cette attractivité n’est certes pas systématique, la proximité d’indépendance n’étant parfois qu’apparente. Néanmoins, l’inamovibilité des magistrats sous l’Ancien Régime, l’inamovibilité des magistrats du ministère public dans la République italienne²²⁹², ou le maintien de l’appellation de « magistrat » en faveur des membres du parquet sous la V^{ème} République, en constituent immanquablement des illustrations positives.

Au-delà du mot « magistrat », il convient également d’évoquer, de manière négative, l’essor de la maxime, prêtée à Henrion de Pansey : « *Juger l’administration, c’est encore administrer* »²²⁹³. Rétrospectivement destinée à légitimer le retrait du contentieux administratif de la sphère judiciaire, cette formule imprimait l’idée que : « *confier au juge la faculté de juger l’administration aboutirait à lui attribuer la faculté d’administrer et donc à confondre les fonctions*

²²⁸⁹ Voir notamment : J. Hautebert, *Magistrat*, D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, pp. 979-980

²²⁹⁰ Cf. Partie II, titre II, chapitre 2 de la thèse.

²²⁹¹ Ainsi que l’écrit Isabelle Boucobza : « *Par magistrat ou magistrature, il est tout à fait possible de désigner les seuls juges, soit de désigner les juges et les membres du parquet. Ainsi, les auteurs favorables à l’indépendance des seuls magistrats du siège parleront de l’indépendance de la magistrature en sous-entendant seulement l’indépendance des juges. Ils ne deviennent explicites à ce sujet que pour contester l’interprétation de ceux qui entendent intégrer sous le terme magistrature, les membres du parquet afin qu’ils bénéficient des garanties d’indépendance des juges* ». Voir : *La fonction juridictionnelle : contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 41, Paris, 2005, p. 80. De manière particulièrement significative, il faut rappeler que l’article 26 de la Constitution du 14 janvier 1852 érigeait le Sénat conservateur en garant du « *principe de l’inamovibilité de la magistrature* », ce dernier terme étant alors utilisé pour désigner les seuls magistrats du siège.

²²⁹² Article 107 de la Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947 : « *Les magistrats sont inamovibles* ».

²²⁹³ N. Henrion de Pansey affirme notamment qu’ « *on administre...de deux manières. Par des ordonnances en forme de lois et par des décisions en forme de jugement* ». Voir : *De l’autorité judiciaire...*, *op. cit.*, t. II, 1827, p. 311.

administratives et juridictionnelles au sein d'un même organe ou pouvoir »²²⁹⁴. Dans ces conditions, attribuer la connaissance du contentieux administratif aux tribunaux judiciaires, c'était prendre le risque de confier la fonction administrative à des juges inamovibles²²⁹⁵. Loin d'être circonscrite à la sphère administrative, cette conception trouve plusieurs équivalents dans le champ politique. C'est ainsi que pour réfuter la critique récurrente suivant laquelle le contrôle de constitutionnalité des lois porterait atteinte au principe de séparation des pouvoirs, Hans Kelsen prit sur lui d'affirmer que : « *la Cour constitutionnelle (autrichienne), lorsqu'elle annule une loi, légifère* ». Et le pourtant membre irrévocable de cette juridiction d'ajouter, avec le rang d'« *argument principal* » que : « *lorsque la Cour légifère ainsi, elle n'exerce pas la fonction juridictionnelle, mais la fonction législative. C'est pourquoi elle n'est pas un juge qui gouverne, mais un deuxième législateur* »²²⁹⁶. De la même façon, sur le plan de la responsabilité pénale des gouvernants, force est de constater qu'« *aucune Constitution française n'a jamais prévu que les membres du Gouvernement seraient jugés par les juridictions ordinaires* »²²⁹⁷. Cette situation tient ici encore à cette idée que, juger les gouvernants, ce serait faire acte de politique. Comme l'expliquait en ce sens le Rapporteur André Fanton, lors de la réforme de la Cour de justice de la République effectuée en 1993 : « *l'autorité judiciaire aurait tout à perdre si ses représentants avaient à connaître, à la phase de jugement, de faits qui ne seraient jamais dénués de toute nature politique et devraient rendre des décisions qui, en tout état de cause, auraient toujours des conséquences politiques* »²²⁹⁸. Bien entendu, si la maxime d'Henri de Pansey a depuis perdu une partie de son aura initiale, elle n'en a pas moins subsisté à travers la théorie déclinante de l'administrateur-juge, qu'elle avait justement pour objet de défendre à l'origine. Malgré la « *banalisation*

²²⁹⁴ I. Boucobza, *op. cit.*, p. 48.

²²⁹⁵ Lors du débat sur la question du maintien au Conseil d'Etat de ses attributions contentieuses, Hély d'Oissel déclarait devant la Chambre des députés, le 16 juin 1828 : « *Que deviendrait cette responsabilité des ministres, s'il existait un pouvoir placé au-dessus d'eux, pouvant réformer leurs décisions et ne pouvant être réformé lui-même ? Que deviendrait le pouvoir royal, si des conseillers inamovibles avaient le droit d'annuler ou de modifier à leur gré les arrêtés des préfets et des conseils de préfecture, les décisions ministérielles et les ordonnances royales ? Que deviendrait enfin la société elle-même, si ce pouvoir irrévocable prenait une mauvaise direction, s'il adoptait un système vicieux d'administration dans lequel la couronne et le pays seraient désarmés ?* ». Archives parlementaires, Chambre des députés, 26 juin 1828, p. 368. Extrait cité in L. Fougère, *Le Conseil d'Etat. Son histoire...*, *op. cit.*, p. 294.

²²⁹⁶ H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP, 1928, pp. 224-225.

²²⁹⁷ A. Fanton, rapport n° 356 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX et X, Assemblée nationale, 17 juin 1993, p. 25.

²²⁹⁸ *Ibid.*, p. 30.

du statut de la juridiction administrative »²²⁹⁹, celle-ci demeure confiée à des fonctionnaires « *ayant l'esprit de l'administrateur, (des) juges conscient(s) que (leurs) décision(s) doivent être un complément de l'action administrative* »²³⁰⁰. Le contrôle de constitutionnalité des lois est quant à lui attribué à des « conseillers », qui devraient de préférence être choisis parmi les « *personnalités ayant exercé de hautes responsabilités politiques* »²³⁰¹. Ce faisant, il est utile de noter que le Pouvoir politique tend inconsciemment à introduire, à partir des sphères politique et administrative, ce qui serait une sorte de « magistrature négative ». Les « fonctionnaires » et les « conseillers » mentionnés cumulent des fonctions juridictionnelles et non juridictionnelles, dans lesquelles ils bénéficient d'une irrévocabilité de fait pour les premiers, et d'une irrévocabilité de droit pour les seconds. Pourtant, il ne paraît pas à proprement possible de parler ici d'un « pouvoir juridictionnel administratif » ou « constitutionnel ». En toute hypothèse, faute de voir impliquée la juridiction judiciaire, il serait spécieux d'y dénoncer un « pouvoir judiciaire ».

570. D'ailleurs, cette lecture du « pouvoir judiciaire » entretenue au cours des XIX^e et XX^e siècles, ne saurait faire oublier que l'une des premières réactions des Constituants de 1789, fut de mettre l'inamovibilité au service d'une subordination des nouveaux juges aux fonctions juridictionnelles. C'est ce qui résulte d'une lecture combinée de la Constitution du 3 septembre 1791 et de la loi des 16 et 24 août 1789. Cette dernière soumettait en effet les juges, sous peine de forfaiture, à un double interdit. Interdiction d'immixtion dans les fonctions législatives et réglementaires, d'une part, l'article 10 prévoyant que : « *Les tribunaux ne peuvent prendre directement ou indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution décrets du corps législatif à peine de forfaiture* ». Prohibition d'empiètement dans les fonctions administratives, d'autre part, l'article 13 du même texte disposant que : « *...les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler en quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ». Or, chargé de définir l'inamovibilité des juges, l'article 2 du chapitre V du titre III de la Constitution visait expressément, de son côté, la forfaiture comme seule cause de destitution. La lettre de cette disposition prévoyait précisément que les juges : « *ne pourront être, ni destitués que pour forfaiture dûment jugée, ni*

²²⁹⁹ J. Chevallier, *Séparation des autorités*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, 3^{ème} éd., 2010, p. 1406.

²³⁰⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, 12^{ème} éd., 2006, n° 31.

²³⁰¹ N. Sarkozy, *Discours du Président de la République prononcé à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution*, Conseil constitutionnel, 1^{er} mars 2011, www.conseil-constitutionnel.fr, p. 4.

suspendus que pour une accusation admise ». Cette complémentarité entre la loi²³⁰² et la Constitution²³⁰³ va être maintenue de manière certaine, sous réserve de la période correspondant au gouvernement de la Convention, jusqu'à la Première Restauration en 1814. A partir de cette date, le lien va se trouver rompu par l'absence de définition constitutionnelle de l'inamovibilité²³⁰⁴, ou, comme dans la Constitution du 4 novembre 1848, par l'absence de référence expresse à la forfaiture²³⁰⁵. Cette situation qui peut apparaître regrettable pour la bonne compréhension de l'inamovibilité, ne devrait cependant pas faire préjuger de sa fonction limitatrice. Il va sans dire qu'un juge qui se rendrait aujourd'hui responsable d'une telle immixtion, en-dehors du cadre couvert par l'immunité juridictionnelle, devrait pouvoir être sanctionné ou évincé dans le respect des règles de forme et de procédure résultant du bénéfice de l'inamovibilité. Les principaux systèmes constitutionnels de référence existant en droit comparé, sont là pour le rappeler. Au Royaume-Uni, la compétence conjointe reconnue au monarque et aux chambres, initialement par l'*Act of settlement* de 1701, pour destituer un juge supérieur qui aurait démerité, permet ainsi d'expliquer en partie la fameuse déférence dont fait traditionnellement preuve la justice britannique vis-à-vis du Pouvoir politique. De même, aux Etats-Unis,

²³⁰² La loi des 16 et 24 août 1790 va notamment se trouver complétée sous le Premier Empire, par l'article 127 du code pénal de 1810, au terme duquel il était prévu que : « *Seront coupables de forfaiture... 1° Les juges...qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si ces lois seront publiées ou exécutées ; 2° Les juges...qui auraient excédé leur pouvoir en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règlements sur ces matières, soit en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration, ou qui, ayant permis ou ordonné de citer des administrateurs pour raison de l'exercice de leurs fonctions, auraient persisté dans l'exécution de leurs jugements ou ordonnances, nonobstant l'annulation qui en aurait été prononcée, ou le conflit qui leur aurait été notifié* ».

²³⁰³ Article 206 de la Constitution du 5 fructidor an III : « *Les juges ne peuvent être destitués que pour forfaiture légalement jugée, ni suspendus que par une accusation admise* ». Article 263 du même texte : « *Le tribunal (de cassation) annule (les) actes (par lesquels les juges ont excédé leurs pouvoirs : article 262) ; et s'ils donnent lieu à forfaiture, le fait est dénoncé au corps législatif qui rend le décret d'accusation, après avoir entendu ou appelé les prévenus* ». Article 264 du même texte : « *Le corps législatif ne peut annuler les jugements du tribunal de cassation, sauf à poursuivre les juges qui auraient encouru la forfaiture* ». Article 68 de la Constitution du 22 frimaire an VIII : « *Les juges...conservent leurs fonctions toute leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture, ou qu'ils ne soient pas maintenus sur les listes d'éligibles* ». Article 101 du Sénatus-consulte du 28 floréal an XII : « *Une Haute Cour impériale connaît :... - 7° des forfaitures ou prises à partie qui peuvent être encourues par une cour d'appel, ou par une cour de justice criminelle, ou par des membres de la Cour de cassation* ».

²³⁰⁴ Pour rappel, l'article 58 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 se contentait de prévoir que : « *Les juges nommés par le roi sont inamovibles* ».

²³⁰⁵ Pour rappel, l'article 87 de la Constitution du 4 novembre 1848 disposait que : « *Les juges de première instance et d'appel, les membres de la Cour de cassation, et de la Cour des comptes, sont nommés à vie. Ils ne peuvent être révoqués ou suspendus que par un jugement, ni mis à la retraite que pour les causes et dans les formes déterminées par la loi* ».

l'extension aux juges fédéraux de la procédure de l'*impeachment* prévue par l'article I^{er} section 3 de la Constitution du 17 septembre 1787, avait explicitement été pensée dès les *Federalist Papers*, comme un levier des « *Checks and balances* »²³⁰⁶. Enfin, pour une illustration plus récente en ce sens, il est encore possible de citer le cas de l'Allemagne. L'article 98 (2) de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 prévoit en l'occurrence l'existence d'un mécanisme spécifique de responsabilité constitutionnelle, afin de sanctionner les juges fédéraux ayant contrevenus « *aux principes de la Loi fondamentale ou à l'ordre constitutionnel d'un Land* ».

Une telle définition de l'inamovibilité, il faut l'admettre, peut se révéler utile dès lors qu'il existe effectivement un « danger » en provenance de la sphère judiciaire, c'est-à-dire lorsque le juge inamovible risque effectivement de sortir de sa « réserve » juridictionnelle pour venir s'emparer du pouvoir politique. Cet aspect, pour ouvrir une parenthèse aussitôt refermée, sera plus précisément étudié dans le cadre de développements ultérieurs consacrés à la problématique du « *gouvernement des juges* ». En revanche, elle ne permet d'apporter une solution à cette réalité, injustement associée à un « pouvoir judiciaire », d'un magistrat inamovible placé en situation de cumuler, avec l'assentiment ou sur la décision du Pouvoir politique, des fonctions juridictionnelles et extra-juridictionnelles incompatibles. C'est pourquoi, à titre de conclusion et dans le souci de prévenir une telle confusion, il pourrait sembler opportun que soit affirmé de manière additionnelle, au sein du titre de la Constitution consacré à la justice, que les magistrats sont inamovibles « dans les fonctions juridictionnelles ». Une telle précision est demeurée largement absente du droit français. Sans doute, les Constitutions qui se sont succédées entre 1791 et 1848 prévoyaient-elles, de manière littérale ou en substance, que les « *juges sont inamovibles* ». Cependant, le mot « juge » souffre tout comme le terme « magistrat » d'une approche polysémique, qui conduit à l'associer tantôt à la fonction restrictive de juger, tantôt au spectre extensif du « *gouvernement des juges* ». De même, en droit positif, le Conseil constitutionnel a-t-il développé une jurisprudence relative à « *l'indépendance des juridictions* »²³⁰⁷ et à une « *indépendance indissociable de l'exercice des fonctions juridictionnelles* »²³⁰⁸. Néanmoins, outre leur caractère non écrit et leur absence de référence explicite à l'inamovibilité, ces formules appuient

²³⁰⁶ Voir notamment, dans les *Federalist papers*, les n° 78 (*The judiciary department*) et 79 (*The judiciary continued*), McLean's Edition, New York, in Hamilton, Alexander; John Jay; and James Madison. *The Federalist papers*, *op. cit.*, www.etext.virginia.edu.

²³⁰⁷ CC, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, « *Loi portant validation d'actes administratifs* », cons. 6.

²³⁰⁸ CC, décision n° 98-396 DC du 19 février 1998, « *Loi portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire* », cons. 17 ; CC, décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, « *Loi organique relative aux juges de proximité* », cons. 4.

bien plus une conception défensive que limitatrice de l'indépendance des détenteurs de la fonction juridictionnelle. Il faut descendre à l'échelon législatif, et en l'occurrence au niveau de la loi du 6 janvier 1986, pour trouver une prescription se rapprochant de celle recherchée. Mais l'article 1^{er} de ce texte, prévoyant que les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont inamovibles « *lorsqu'ils exercent leurs fonctions de magistrats* », pourrait aisément verser dans certains des travers précités, s'il n'était complété par les mots : « *dans une juridiction administrative* ». Le droit comparé offre, en comparaison, plusieurs illustrations concrètes de textes constitutionnels précisant que les magistrats sont indépendants, et donc au mieux inamovibles, dans les fonctions juridictionnelles. Tel est le cas, depuis l'éviction de la dynastie impériale des Habsbourg, de l'article 87 (1) de la Loi constitutionnelle fédérale autrichienne du 1^{er} octobre 1920, au terme duquel : « *Les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires* ». C'est aussi l'exemple, depuis la chute du régime fasciste et de la maison royale des Savoie, de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 dont l'article 102 dispose que : « *La fonction juridictionnelle est exercée par des magistrats judiciaires institués et régis par les dispositions relatives à l'ordre juridictionnel* », et dont l'article 107 ajoute que : « *Les magistrats sont inamovibles* ». D'autres exemples pourraient encore être cités à l'attention de la France, notamment issus des « *vagues contemporaines de la constitutionnalisation* »²³⁰⁹.

2°) Une garantie au service de la plénitude de la fonction juridictionnelle

571. Si la critique d'une inamovibilité venue conforter un « pouvoir judiciaire » synonyme de confusion des pouvoirs, peut être écartée par une limitation de cette garantie aux fonctions juridictionnelles, il faut encore montrer que l'exercice même de ces dernières ne risque pas d'entraîner une immixtion du magistrat inamovible dans des fonctions non juridictionnelles, et en particulier dans celles qui ont trait à la souveraineté. Il s'agit alors de rechercher la limite au-delà de laquelle ce magistrat s'exposerait, dans l'accomplissement des fonctions juridictionnelles ou la continuité de celles-ci, à verser dans un « *gouvernement des juges* ». Cette expression américaine²³¹⁰ passée à la postérité sous la plume hexagonale d'Edouard

²³⁰⁹ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *op. cit.*, 21^e éd., 2007, p. 43.

²³¹⁰ L'expression « *Government by judges* » semble avoir été utilisée pour la première fois par le *Chief Justice* de la Cour suprême de la Caroline du Nord, Walter Clark en 1914. Voir : *Government by judges*, Address at Cooper Union, New-York City, January 27, 1914, Senate, Document n° 610, Washington government printing office, Washington, 1914, 20 p.

Lambert²³¹¹, en 1921, revêt une acuité d'autant plus forte s'agissant d'Etats qui, comme la France, nourrissent une méfiance culturelle vis-à-vis du juge, qu'elle coïncide avec un phénomène croissant de judiciarisation des sociétés démocratiques. Ce mouvement qui traduit un « *renforcement du rôle du juge* » ou un « *plus de judiciaire* »²³¹² a conduit la justice, en réponse à la multiplication des espaces à régler et au recours accru au juge, à renforcer sa présence dans des domaines tels que celui des rapports sociaux, ou à en investir de nouveaux comme la vie politique. Or, pour reprendre la définition donnée par Torbjörn Vallinder, la judiciarisation peut donner le sentiment d'une « *expansion du domaine de la justice au dépens des politiques et/ou administrateurs* », autrement dit, « *d'un déplacement de la faculté de décider du législatif, du gouvernement ou de l'administration au profit de la justice* »²³¹³. Dès lors, la référence au « *gouvernement des juges* » revient régulièrement dans le discours politique français²³¹⁴, et apparaît, à travers sa condamnation, comme une limite implicite adressée à l'inamovibilité.

Limite implicite, la référence au « *gouvernement des juges* » constitue surtout une limite arbitraire, s'agissant d'une notion doctrinale aux contours aussi flous²³¹⁵. Il convient cependant de ne pas perdre de vue que les successeurs des parlements d'Ancien Régime se sont trouvés réduits, en 1789, à la portion congrue de la fonction juridictionnelle, et que l'actuelle judiciarisation de la société, dans laquelle le Pouvoir politique porte une part de responsabilité, ne traduit pas fondamentalement une évolution de la mission dévolue au juge.

572. L'approche particulièrement étroite dont a fait l'objet la fonction juridictionnelle au moment de la Révolution, tient à plusieurs facteurs. Le premier,

²³¹¹ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, éd. Giard, 1921, Rééd. Dalloz, Bibliothèque Dalloz, Paris, 2005, 276 p.

²³¹² A. Jeammaud, *Judiciarisation/Déjudiciarisation*, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p. 675.

²³¹³ T. Vallinder, *When the courts go marching*, in C. Neal Tate, T. Vallinder (dir.), *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York, 1995, p. 13.

²³¹⁴ Voir, pour un exemple récent et particulièrement significatif : N. Sarkozy, *Discours du Président de la République prononcé à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution*, Conseil constitutionnel, 1^{er} mars 2011, www.conseil-constitutionnel.fr, 5 p.

²³¹⁵ Ainsi que le souligne Michel Troper : « *Il existe un concept et même plusieurs concepts de gouvernement des juges, autant de concepts de gouvernement de juges que l'expression peut avoir de sens. Ce qui est commun à toutes ces expressions, c'est cette connotation péjorative* ». Voir : *Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ?*, cité par L. Pech, *Le remède au gouvernement des juges : Le judicial self restraint ?*, in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Séminaire international des 13 novembre 1998 et 28 mai 1999, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001, p. 69.

maintes fois évoqué jusqu'ici, tient, pour reprendre l'expression récente du Vice-président du Conseil d'Etat Jean-Marc Sauvé, au « *péché originel* » dont la justice se trouvait « *affligée* »²³¹⁶ pour avoir été assimilée aux anciens parlements. « *Le pouvoir judiciaire* » pouvait être dénoncé par le biais de cette association, comme « *le plus dangereux de tous les genres de pouvoirs* », ce qui permettait au Député Mounier d'arrêter la conclusion suivante : « *c'est celui (des pouvoirs) qu'il importe le plus d'assujettir à la loi* »²³¹⁷. La seconde raison est liée à la conception française de la souveraineté, qui, fondée sur les idées d'unité et d'indivisibilité, trouve ses origines post-médiévales dans les *Six livres de la République* de Jean Bodin. Acclimatée aux besoins de la Révolution par la philosophie des lumières, celle-ci a survécu à la chute de l'Ancien Régime en conservant la loi comme expression, et en substituant la Nation ou le peuple au Roi comme titulaire. Ce faisant, les Constituants ne créaient pas les conditions d'une dichotomie de la souveraineté entre les fonctions législative, exécutive et judiciaire, mais celle d'une domination souvent écrasante du détenteur de la première sur les autres. D'ailleurs, force est de constater que cette idée d'une hiérarchie des fonctions et des pouvoirs s'est perpétuée jusque sous la V^{ème} République²³¹⁸, la domination revenant tantôt au Parlement en période de parlementarisme moniste ou de régime d'assemblée, tantôt à l'Exécutif en cas de pleine maîtrise de la fonction gouvernementale²³¹⁹ ou de régime césariste. Les quelques époques de « collaboration » se sont toutes traduites, à plus ou moins long terme, par une tentative de prise de contrôle par l'un des pouvoirs, avec pour dénouement une crise institutionnelle, voire un changement de régime. Mais si une constante doit être ici mise en exergue, celle-ci réside dans l'exclusion systématique de la justice de ce jeu de domination. Il est vrai que son absence d'aptitude à participer à la fonction législative, à travers ce qui serait un équivalent judiciaire de

²³¹⁶ J.-M. Sauvé, *La justice dans la séparation des pouvoirs*, Intervention prononcée à l'occasion des Deuxièmes entretiens du Jeu de Paume, Château de Versailles, Université de tous les savoirs, *La séparation des pouvoirs : efficacité, vertus, intérêts*, Versailles, 17 juin 2011, www.conseil-etat.fr.

²³¹⁷ J.-J. Mounier, *Nouvelles observations sur les Etats généraux de France*, s. I, 1789, p. 187. Cité in P. Pichot, *Penser le contrôle a priori*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 28, juillet 2010, p. 2

²³¹⁸ Dans sa « *Conférence de presse constituante* » du 31 janvier 1964, le Général de Gaulle posait ainsi les bases du régime présidentiel : « *il doit être évidemment entendu que l'autorité indivisible de l'Etat est confiée toute entière au Président par le peuple qui l'a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne soit conférée et maintenue par lui* ».

²³¹⁹ Ainsi que le soulignent Francis Hamon et Michel Troper : « *La volonté du gouvernement de concevoir et mettre en œuvre une politique se manifeste dès le Consulat, mais c'est la constitution de 1958 qui la consacre pour la première fois dans son article 20 comme une véritable prérogative du gouvernement : il « détermine et conduit la politique de la nation »* ». Voir : *Droit constitutionnel, op. cit.*, 30^e éd., 2007, p. 142.

la notion de « fonction gouvernementale », ainsi que son insuffisance de légitimité populaire, ont rapidement paru la disqualifier. Ne pouvant et ne devant pas prétendre à dominer, le juge est alors enserré dans une « *fonction subordonnée et conditionnée* »²³²⁰ qui vient se résumer dans cette « *puissance...de juger...en quelque façon, nulle* »²³²¹, évoquée par Montesquieu en 1748.

Sous la Révolution, la fonction juridictionnelle s'est concrètement trouvée enfermée dans le carcan dessiné par l'auteur de *L'esprit des lois*. Sur le plan horizontal, les Constituants ont adhéré à la conception « *rétrécie de la fonction judiciaire* »²³²², consistant à définir cette dernière comme « *la puissance exécutive (des choses) qui dépendent du droit civil* », c'est-à-dire celle par laquelle le magistrat « *punit les crimes, ou juge les différends des particuliers* »²³²³. Au stade des travaux parlementaires, un cantonnement des juges aux « *lois civiles* », définies par opposition aux « *lois politiques* », fut ainsi défendu par les Députés Thouret et Bergasse dans leurs rapports du 1^{er} et du 17 août 1789 faits au nom du Comité de Constitution²³²⁴. Ce dernier devait d'ailleurs, dans son « *Analyse des idées principales des base de Constitution* » du 1^{er} août 1789, prévoir le principe suivant : « *La Constitution déclare...6°) Que le pouvoir judiciaire, distinct du pouvoir administratif, est circonscrit dans la justice distributive pour le jugement des contestations privées entre les citoyens et pour les punitions des crimes* »²³²⁵. Si cette conception restrictive n'a pas été explicitement consacrée dans la Constitution du 3 septembre 1791, ce manque a été pallié par deux biais. Négativement, d'une part, l'article 3 du chapitre V sur le *Pouvoir judiciaire* a pris soin de réaffirmer le principe de non immixtion dans les fonctions législatives et administratives. En amont, d'autre part, les lois des 6, 7-11 septembre et 7-14 octobre 1790 ont confié le contentieux administratif à l'administration et au roi. Les Constitutions de l'an I, de l'an III et de l'an VIII ont ultérieurement permis de remédier à cette imprécision du texte constitutionnel, avant que l'essor d'une justice administrative soutenue par la maxime précitée d'Henrion de Pansey, ne vienne de son côté assoir la séparation du contentieux administratif. De la même façon, sur le plan vertical, les Constituants sont venus consacrer, à travers la théorie du « *syllogisme judiciaire* », cette vision des juges conçus restrictivement comme : « *la bouche qui prononce les paroles de la*

²³²⁰ S. Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, Paris, 1974, p. 261.

²³²¹ Montesquieu, *De l'esprit...*, *op. cit.*, p. 298.

²³²² J. Laferrière, *Répétitions écrites...*, *op. cit.*, p. 54.

²³²³ Montesquieu, *De l'esprit...*, *op. cit.*, p. 294.

²³²⁴ Voir : J. Laferrière, *Répétitions écrites...*, *op. cit.*, p. 53.

²³²⁵ Cité par J. Laferrière, *Répétitions écrites...*, *op. cit.*, p. 54

loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la vigueur »²³²⁶. Emprunt de cette doctrine, le Député Duport affirmait le 29 mars 1790, que : « *le jugement d'un procès n'est autre chose qu'un syllogisme dont la majeure est le fait, la mineure la loi et le jugement la conséquence* »²³²⁷. La jurisprudence judiciaire, dénoncée par le Député Le Chapelier comme « *la plus détestable des institutions* », devait dès lors, selon Maximilien de Robespierre : « *être effacée de notre langue* »²³²⁸. Il eut au demeurant été contradictoire, dans l'esprit des révolutionnaires, qu'une « *nation qui exerce la puissance législative, par un corps permanent de représentants* », laisse « *aux tribunaux exécuteurs de ses lois et soumis à leur autorité la faculté de réviser ses lois* »²³²⁹. La théorie du « *syllogisme judiciaire* » fut ainsi concrétisée avec l'intervention de la loi du 1^{er} décembre 1790 et de la Constitution du 3 septembre 1791. Ces textes instituèrent à la fois un tribunal de cassation « *établi auprès du corps législatif* », véritable organe de surveillance au service de dernier, et la procédure du « *référé législatif* » destinée à conserver l'interprétation des lois, en dernière instance, au Pouvoir législatif lui-même²³³⁰.

573. Le juge ayant été amputé sous la Révolution française, de « *toute une partie de sa fonction naturelle qui consiste à juger* »²³³¹, sa tendance progressive à investir l'essentiel de cette fonction paraît beaucoup moins illustrer l'essor d'un « *gouvernement des juges* », qu'une légitime reconquête dans le respect des limites définies par le principe de la séparation des pouvoirs. Il en va d'abord ainsi du renouveau du pouvoir juridictionnel d'interprétation, réalisé à partir de l'an VIII au détriment du « *syllogisme judiciaire* ». Comme l'ont écrit avec raison les Professeurs Guarnieri et Pederzoli : « *La principale faiblesse de cette définition positiviste du rôle du juge réside dans son manque de réalisme. Dans la réalité, aucun système normatif n'est capable de prévoir tous les comportements humains et donc d'apporter une réponse sans avoir recours à une intervention du juge. Même les normes juridiques ne sont pas indépendantes du processus d'interprétation : elles ne préexistent pas mais trouvent leur signification à travers l'interprétation, et celle du juge est naturellement importante* »²³³². D'ailleurs, force est de constater que le

²³²⁶ Montesquieu, *De l'esprit...*, *op. cit.*, p. 301.

²³²⁷ Cité par D. Turpin, *Pouvoir ou autorité juridictionnelle* », RDP, n° 1-2, 2002, p. 385.

²³²⁸ Séance du 20 novembre 1790, Archives parlementaires, 1^{ère} série, t. XX, p. 516.

²³²⁹ Cité par D. Turpin, *op. cit.*, p. 385.

²³³⁰ Voir notamment à ces sujets : J.-P. Royer, *Histoire de la justice...*, *op. cit.*, pp. 278-280 et 295-297.

²³³¹ R. Jacquelin. Cité par J. Laferrière, *op. cit.*, p. 62.

²³³² C. Guarnieri, P. Pederzoli, *op. cit.*, p. 70.

système judiciaire de la Révolution souffrait, de ce point de vue, d'un sérieux paradoxe. S'il exigeait d'un côté que le juge se comporte en exécutant muet de la loi, il sanctionnait de l'autre le déni de justice. Dans son *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, en 1801²³³³, Portalis relevait ainsi que si les tribunaux, défendus d'interpréter les lois, avaient progressivement pris l'habitude de renvoyer « *par des référés les justiciables au pouvoir législatif* », le Tribunal de cassation avait « *constamment réprimé cet abus comme un déni de justice* ». Ainsi que le poursuivait le Conseiller d'Etat, l'interdiction faite au juge devait uniquement porter sur l'interprétation par voie d'autorité, c'est-à-dire celle se traduisant par le prononcé « *de règlements ou de dispositions générales* ». Il fut dès lors admis en matière judiciaire, dans le cadre défini par les articles 4 et 5 du nouveau code civil de 1804, qu'« *on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois* ». Ce retour presque naturel du pouvoir judiciaire d'interprétation et de la jurisprudence s'est trouvée confortée, à la fois par l'émancipation du Tribunal devenu Cour de cassation vis-à-vis du Pouvoir législatif²³³⁴, et par la suppression définitive du référé législatif par la loi du 1^{er} avril 1837. Ce qui vaut à l'égard de la justice judiciaire, vaut *a fortiori* pour la justice administrative. Cette dernière a vu sa liberté vis-à-vis du carcan syllogistique reconnue dès sa naissance en l'an VIII, et s'est trouvée érigée au rang de juridiction déléguée par la loi du 24 février 1872, alors même qu'elle était à l'origine de l'essor d'un droit essentiellement jurisprudentiel.

Cette reconquête de l'espace juridictionnel par le juge ressort également de cet aspect de la judiciarisation, qui conduit à faire intervenir celui-ci en toute matière où se fait sentir le besoin, et où apparaît possible, le règlement impartial d'un litige en vertu d'une règle de droit. A rebours de cette tendance historique qui a consisté à retirer au juge judiciaire de nombreux contentieux, au prétexte que juger dans certaines matières c'était agir activement dans celles-ci, il faut plutôt admettre que la fonction juridictionnelle « *a un objet illimité, puisque toutes les conduites sont susceptibles d'être examinées* »²³³⁵, mais un office limité, puisque juger reste juger. Une majorité de la doctrine administrative s'inscrit aujourd'hui dans ce dernier sens, pour dénier à la maxime d'Henri de Pansey, la qualité de soutien au dualisme juridictionnel. Ainsi, pour le Doyen Vedel et le Professeur Délvolvé : « *Pas plus*

²³³³ J.-E.-M Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, Rééd., Les classiques de sciences sociales, Université du Québec, Chicoutimi, www.classiques.uqac.ca.

²³³⁴ Dans sa thèse de doctorat, le Professeur Renoux fait notamment état de deux arrêts du Tribunal de cassation, des 16 pluviôse et 23 germinal an VII, par lesquels l'Institution déclare être située « *au sommet de l'ordre judiciaire* ». Voir : T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire...*, *op. cit.*, p. 20.

²³³⁵ M. Troper, *Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges*, *op. cit.*, p. 53.

qu'un tribunal qui juge les litiges commerciaux ne fait acte de commerce, un tribunal qui juge les litiges administratifs ne fait acte d'administration »²³³⁶. Le Professeur Truchet opine de la même manière que : « *juger l'administration, c'est juger* »... *et juger, c'est de toute manière prendre en considération la situation particulière du justiciable. Et si « juger l'administration, c'est administrer », il faut également dire que « juger l'entreprise, c'est la gérer », ou que « juger un divorce, c'est prendre en charge la vie du couple », etc.* »²³³⁷. Or, tandis que ce juge qui juge semblait initialement représenter un danger pour certaines sphères, il est désormais le plus souvent perçu comme un élément utile, sinon protecteur. Par exemple, l'émancipation d'un juge certes spécialisé mais impartial au sein de la sphère administrative, a incontestablement favorisé l'adaptation et donc la survie du système administratif français, par rapport aux différentes phases de la construction de l'Etat de droit et aux variations du rôle de l'Etat en matière économique et sociale. De même, une fois admise la nécessité d'instituer un contrôle de constitutionnalité, les démocraties ont, de manière plus générale et avec le temps, plus souvent opté pour la compétence d'une juridiction ou assimilée, que pour celle d'un organe politique. Comme le résumait à cet égard le Doyen Hauriou : « *Il faut que le contrôle de constitutionnalité soit à la fois indépendant et inoffensif... C'est pour cette raison qu'on est obligé de se tourner vers le juge* »²³³⁸.

574. Cependant, si la reconnaissance d'un pouvoir d'interprétation jurisprudentiel et d'un champ étendu d'intervention en faveur du juge, ne semblent pas susciter, dans l'absolu, de réelle difficulté quant à la critique du « *gouvernement des juges* », il en va différemment lorsque ce même juge est précisément amené à statuer en dernier ressort, ou sur des questions revêtant une dimension éminemment politique. Dans ce dernier cas, la crainte traditionnellement nourrie en France, est de voir ce juge se substituer au Pouvoir politique en exprimant sa volonté propre. Trois remarques méritent cependant d'être ici formulées. La première tient au contexte dans lequel évolue le juge. Ainsi que l'a justement souligné le Rapporteur Singhvi dans un rapport au Conseil économique et social des Nations Unies : « *Quoi que fassent ou ne fassent pas les juges, la question de la politisation du corps judiciaire sera toujours l'objet de controverses parce que la justice ne fonctionne pas dans le vide. On peut toujours renforcer le professionnalisme du corps judiciaire mais il n'en sera pas moins appelé à trancher des questions qui sont de nature politique, ont*

²³³⁶ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, p. 117. Cité par I. Boucobza, *op. cit.*, p. 77.

²³³⁷ D. Truchet, *Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel*, Justices, n° 3, janvier-juin 1996, p. 62.

²³³⁸ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 2^{ème} éd., 1929, p. 268.

des conséquences politiques et le feront inévitablement entrer dans le champ des batailles politiques »²³³⁹. La seconde remarque, qui prolonge la première, est liée à l'office du juge. Pour l'actuelle Juge en chef de la Cour suprême du Canada, il serait erroné de penser que, parce que les « *juges judiciaires tranchent des questions sociales qui touchent un grand nombre de personnes* », ceux-ci « *agiraient politiquement et seraient descendus...dans l'arène politique* ». Et le Haut magistrat d'expliquer : « *Cette méprise résulte d'une confusion entre le résultat et le processus...Même si l'issue des affaires est inévitablement politique au sens large du terme, il est important – voire critique – que le processus demeure impartial...C'est l'impartialité qui nous distingue des autres organes du gouvernement, et c'est l'impartialité qui nous confère notre légitimité* »²³⁴⁰. Sans doute, convient-il d'admettre que, en pratique, cette impartialité n'est pas toujours aisée à respecter, et que certains juges peuvent donner l'apparence de « *politiciens qui n'ont pas à se faire élire et qui ne peuvent jamais être démis* »²³⁴¹. Néanmoins, et il s'agit là de la troisième remarque, force est de constater que dans de telles situations, le Pouvoir politique porte souvent une responsabilité non négligeable. En dehors de la situation de certains pays, comme les Etats-Unis, dont la culture conduit naturellement à juger que « *les affaires de justice sont des affaires politiques* »²³⁴², il est possible de noter une tendance plus générale du Pouvoir politique à se défausser sur le juge pour le règlement de certaines questions sociales importantes²³⁴³. Les Etats caractérisés par une culture de subordination de la justice et de cantonnement de celle-ci à une sphère non politique, n'échappent pas à ce phénomène. A cela s'ajoute bien entendu, les

²³³⁹ L. M. Singhvi, rapport sur l'indépendance et l'impartialité des magistrats, des jurés et des assesseurs et l'indépendance des avocats, fait au nom de la Commission économique et sociale des Nations Unies. Cité par O. Afonso, *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, CCJE, 26 mars 2007, p. 10.

²³⁴⁰ B. McLachlin, *Le rôle des juges dans la société moderne*, Allocution prononcée à l'occasion de *The Fourth Worldwide Common Law Judiciary Conference*, Vancouver, 5 mai 2001.

²³⁴¹ *Ibid.*

²³⁴² J. Commaille, *Formes de justice*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 745.

²³⁴³ Pour un exemple récent : à l'occasion d'un entretien consécutif à l'annonce, par le Président de la République, de son intention de faire inscrire une « *règle d'or* » budgétaire dans la Constitution, le Professeur Rousseau a justement pu formuler la remarque suivante : « *Si le Parlement était amené à voter un budget en déséquilibre, le Conseil serait tenu de l'annuler, comme il a annulé la taxe carbone. Je vois d'ici les réactions de la classe politique...C'est très paradoxal que ceux qui critiquent violemment le « gouvernement des juges » soient les mêmes qui n'arrêtent pas de faire du Conseil constitutionnel l'arbitre de leurs désaccords politiques* ». Voir : D. Rousseau (Propos recueillis par E. Barthet), *La Constitution n'a pas à définir le contenu des politiques publiques*, *Le Monde*, 20 mai 2010.

sempiternelles problématiques du recrutement et de la gestion des juges pendant leur mandat qui, dans le cas français, révèle parfois une certaine culture du paradoxe²³⁴⁴.

Reste alors l'hypothèse dans laquelle le juge statue en dernier ressort, à des échelons élevés de la hiérarchie des normes, et dispose d'une autorité importante d'interprétation, qui semble pouvoir lui permettre de « *créer lui-même les principes qu'il est censé appliquer* »²³⁴⁵. Cette approche initiale du « *gouvernement des juges* », appliquée par le Professeur Lambert au contrôle de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis, paraissait devoir atteindre son stade absolu avec le contrôle des amendements constitutionnels par la Cour suprême²³⁴⁶. Néanmoins, force est de constater que le curseur exact de définition du « *gouvernement des juges* » va ici dépendre, en l'absence de formulation d'interdits exprès à l'adresse du juge, de paramètres éminemment subjectifs. Tel est le cas, d'une part, de facteurs tenant à l'histoire et à la culture du pays concerné. C'est ainsi que le contrôle de constitutionnalité des lois a été constamment liée au spectre du « *gouvernement des juges* » en France, alors que la notion est presque totalement absente dans la doctrine et le discours politique des Etats-Unis et l'Allemagne, deux pays pourtant emblématiques quant au développement d'un tel contrôle²³⁴⁷. C'est encore le cas, d'autre part, de paramètres tenant aux valeurs épousées par une société à une époque donnée. Pour reprendre des propos du Professeur Timsit, il va alors convenir de distinguer deux hypothèses. Si, d'une part, « *le juge se laisse guider par les valeurs communément admises par la société, c'est-à-dire le code de valeurs dominant, on*

²³⁴⁴ Pour une illustration d'actualité, il est possible d'évoquer les critiques émises par des représentants de l'UMP à l'encontre de la composition de la Cour des comptes, suite à la publication du rapport du 7 juillet 2011 sur l'organisation et la gestion des forces de sécurité publique. Plus d'un an après que le Président de la République ait décidé de nommer une personnalité politique, plutôt qu'un magistrat de carrière de la Cour des comptes, pour assurer les fonctions de premier président de cette institution, le Secrétaire national de l'UMP chargé de la sécurité, Eric Ciotti, a affirmé que les principaux rédacteurs de ce texte étaient : « *des membres proches de l'opposition, siégeant ou ayant siégé au sein des instances dirigeantes du PS* ». Et le Député de mettre *in fine* en garde contre : « *une politisation de plus en plus prononcée de la Cour des comptes* ». Le Secrétaire national de l'UMP, Bruno Beschizza est allé dans le même sens, en évoquant : « *le CV des différents rédacteurs : anciens collaborateurs de ministres socialistes, anciens sénateurs socialistes, etc* ». Voir : Anonyme, *Sécurité : l'UMP accuse la Cour des comptes de partialité*, Le Monde, 7 juillet 2011.

²³⁴⁵ M. Troper, *Du bon usage des spectres...*, *op. cit.*, p. 54.

²³⁴⁶ E. Lambert, *Le gouvernement des juges...*, *op. cit.*, pp. 109-129.

²³⁴⁷ Selon le Professeur Favoreu, le « *gouvernement des juges* » constitue en France : « *le plat de résistance ou la tarte à la crème du constitutionnalisme classique* ». Voir : L. Favoreu, *De la démocratie à l'Etat de droit*, Le Débat, n° 64, 1991, p. 158. A l'inverse, Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling soulignent que : « *la situation de la France, connue pour sa méfiance traditionnelle à l'égard des juges, est unique : dans aucun autre pays, ni même aux Etats-Unis, les formules équivalentes de « government by judiciary », « rule of judges », « Richeterstaat » et autres n'ont la même charge émotive et ne focalisent autant les mouvements d'hostilité à l'encontre du juge* ». Voir : *Introductin. D'un non-sujet vers un concept scientifique ?*, in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *op. cit.*, p. 14.

estimera qu'il reste dans son rôle qui est de dire le droit ». Si, en revanche, celui-ci paraît « *faire prévaloir ses idéaux* », s'il paraît agir « *en quelque sorte en électron libre ou en justicier qui se sent investi de la mission de faire changer ou de devoir devancer l'opinion publique, on dira alors que le juge commet une « transgression » et qu'il y a « gouvernement » des juges* »²³⁴⁸. De manière générale, il semble que les juges des principales démocraties aient choisi d'opter pour une même attitude de réserve et de neutralité, pour ne pas verser dans la seconde hypothèse, et ainsi parer à la critique. Ce comportement, qui prend les noms de « *déférence judiciaire* » au Royaume-Uni et de « *Judicial self restraint* » aux Etats-Unis, qui justifie les théories du juge « *aiguilleur* » et du juge « *serviteur* » en France, consiste à reconnaître que le juge ne possède pas par essence d'un pouvoir d'appréciation comparable à celui des pouvoirs politiques constitués et doit, *in fine*, s'incliner devant l'expression de la souveraineté²³⁴⁹. Cela ne signifie pas qu'il ne peut jamais se prononcer contre les actes de la majorité qui lui semblent contraires au droit, mais qu'il doit le faire sans paraître se départir ni trahir son devoir d'impartialité. Cette dernière vertu, qui est au fondement de la légitimité du juge, constitue sa meilleure caution lorsque, après avoir rendu une décision située aux marches de la fonction juridictionnelle, il doit se défendre contre les critiques émanant du Pouvoir²³⁵⁰. Or, c'est également dans ces moments de tension mêlés d'incertitude, qu'une garantie telle que l'inamovibilité paraît pouvoir révéler toute l'ampleur de son utilité. Si sa définition vient en un sens rappeler au juge une frontière à ne pas franchir, les garanties qu'elle confère viennent au contraire l'encourager à ne pas abandonner certains contentieux à l'arbitraire du Pouvoir ou d'une majorité politique, au risque de laisser les justiciables sans solution ni recours²³⁵¹.

B . Une garantie contre l'arbitraire du Pouvoir politique

575. Si l'inamovibilité a, vis-à-vis du Pouvoir politique, vocation à protéger le magistrat dans la fonction juridictionnelle, elle n'a cependant pas pour objet de le garantir contre tous les agissements de celui-ci. En effet, parce qu'elle ne saurait être

²³⁴⁸ G. Timsit. Cité par S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling, *Introduction – D'un non-sujet vers un concept scientifique ?*, in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *op. cit.*, p. 18.

²³⁴⁹ Voir par exemple : L. Pech, *Le remède au gouvernement des juges : Le judicial self restraint ?*, in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *op. cit.*, pp. 63-113.

²³⁵⁰ Cette prise de conscience a joué un rôle central dans le développement d'une juridiction administrative indépendante. Voir sur ce point : J.-M. Sauvé, *La justice dans la séparation des pouvoirs*, *op. cit.*, www.conseil.etat.fr.

²³⁵¹ Sur cette idée, voir par exemple : G. Scoffoni, *Les enseignements d'une vieille démocratie : l'exemple américain*, in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *op. cit.*, pp.187-207.

un obstacle à des actions orientées vers la distribution nationale d'une justice indépendante et impartiale, l'inamovibilité doit être, certes appréhendée comme un rempart contre l'arbitraire politique (1°), mais également conciliée avec les exigences du service public juridictionnel (2°).

1°) Une garantie contre le risque d'arbitraire politique

576. L'inamovibilité est, pour le magistrat, une garantie d'indépendance vis-à-vis du Pouvoir politique. Plus précisément, parce que la justice est au cœur de l'Etat et non en dehors de celui-ci, l'inamovibilité ne soutient pas une indépendance « *synonyme de souveraineté* », mais contribue à mettre le magistrat qui en bénéficie à « *l'abri des pressions* »²³⁵². Il s'agit, pour reprendre la formule utilisée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, de faire en sorte que les juges soient : « *absolument libres de statuer impartialement sur les affaires, conformément à la loi et à leur appréciation des faits* »²³⁵³. L'inamovibilité s'analyse ainsi comme une protection contre l'arbitraire du Pouvoir, c'est-à-dire, *stricto sensu*, contre des immixtions qui auraient pour objet d'empêcher le magistrat d'accomplir sa mission dans les conditions décrites. En tant que garantie d'éviction, elle paraît plus justement servir à parer deux catégories de mesures arbitraires. Il s'agit d'une part d'éviter qu'un magistrat puisse être dessaisi, y compris au moyen de sa révocation, des dossiers dans l'examen desquels son indépendance d'esprit pourrait déplaire ou aurait déplu. Il convient d'intégrer à cette première catégorie, les mesures destinées à soumettre une affaire à une formation spécialement constituée ou à un magistrat spécialement déplacé pour l'occasion. Il s'agit d'autre part d'empêcher qu'un magistrat puisse être, par le recours à la menace de son éviction, déstabilisé « *dans sa vie personnelle et familiale au point de faire preuve d'une plus grande docilité* »²³⁵⁴.

En dehors de ces immixtions, le magistrat peut *a priori* sembler à l'abri de l'arbitraire des gouvernants. Les interventions effectuées sous couvert de gérer cet « *agrégat de services publics* »²³⁵⁵ qu'est l'Etat, paraissent en effet, d'un point de vue théorique, s'inscrire aux antipodes d'une telle déviation, dans la mesure où l'intérêt général semble lui-même devoir commander une justice impartiale. Pourtant, une partie de la doctrine s'interroge ouvertement, avant de conclure par une

²³⁵² G. Cornu, *Indépendance*, in *Vocabulaire...*, *op. cit.*, 8^e éd., 2007, p. 482.

²³⁵³ Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, Conseil de l'Europe, 17 novembre 2010, www.coe.int.

²³⁵⁴ D. Guihal, *L'inamovibilité des juges à l'épreuve des contraintes de gestion*, RFDC, n° 24, 1995, p. 796.

²³⁵⁵ Selon l'opinion défendue par Léon Duguit. Voir : J.-L. de Corail, *Service public*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 1142.

réponse négative, « *sur la compatibilité entre la notion de service public dont se prévalent les gouvernants avec les justice et les besoins de justice* »²³⁵⁶. Il est vrai que la référence au service public, parce qu'elle implique l'idée d'une soumission à certaines contraintes extérieures, peut heurter une sensibilité défendant l'existence d'un véritable « pouvoir judiciaire », et rappeler une phase de l'histoire de la justice marquée par une immixtion arbitraire du Pouvoir politique. C'est pourtant oublier, tout à la fois, que la justice constitue elle-même historiquement le premier des services publics, que le développement du service public est étroitement lié à la profonde mutation subie par l'action administrative depuis la fin du XIXe siècle, et que le préservation de l'indépendance et de l'impartialité de la justice sous-tendent le bon accomplissement du service public juridictionnel.

577. Ainsi que l'a écrit le Professeur Pauliat, à l'occasion de développements consacrés à *L'administration de la justice* en France, sujet dont il reconnaissait lui-même la dimension « *polémique* », sinon « *problématique* »²³⁵⁷ : « *Si l'on a pu comprendre, à une époque, que la justice ne soit pas reconnue comme un service public, il est plus surprenant d'entendre encore ce discours à l'heure actuelle parmi d'éminents juristes* »²³⁵⁸. En effet, une telle approche conduit paradoxalement à sacrifier la réalité historique et sociologique de l'institution de justice, par crainte des conséquences néfastes qui pourraient découler d'une potentielle immixtion arbitraire du Pouvoir politique. Pourtant, cette institution « *prend toute sa grandeur* » et, faudrait-il ajouter, toute sa légitimité, « *lorsqu'elle accepte d'être toute au service de l'usager, c'est-à-dire lorsqu'on la qualifie de « service public » et qu'elle accepte de l'être* »²³⁵⁹.

Portant un regard rétrospectif sur la manière de concevoir la justice en France, avant qu'elle ne soit prise dans le tourbillon du « *procès des trois cents ans* »²³⁶⁰ et ses suites, le Professeur Krynen explique que celle-ci s'est d'abord imposée à la fin du Moyen Âge, comme « *une obligation, une authentique dette* »²³⁶¹ du souverain vis-à-vis de ses sujets. Selon l'auteur, si l'objet de la justice avait initialement été situé dans le fait d'« *attribuer à chacun le sien* » (*suum cuique tribuere*), celui-ci a

²³⁵⁶ B. Vatiez, *La justice est-elle un service public ?*, in Mélanges offerts à Pierre Dray, Dalloz, Paris, 2000, p. 142.

²³⁵⁷ H. Pauliat, *L'administration de la justice dans les institutions françaises*, in S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *L'éthique des gens de justice*, op. cit., p. 75.

²³⁵⁸ *Ibid.*, p. 81.

²³⁵⁹ H. Haenel, M.-A. Frison-Roche, *Le juge et le politique*, PUF, Paris, 1988, p. 44.

²³⁶⁰ Cf. Partie I, titre I, chapitre 1 de la thèse.

²³⁶¹ J. Krynen, *L'idéologie...*, op. cit., p. 18.

progressivement évolué, sous la plume des théologiens du Moyen Âge, dans le fait de « rendre à chacun le sien » (*suum cuique reddere*). Saint Thomas était notamment venu systématiser cette substitution, dans sa *Somme théologique*, contribuant à assurer sa postérité auprès des monarchies chrétiennes. C'est ainsi qu'à la même époque, le Pape Innocent III se fit proclamer « *Debitor justitiae* » dans une décrétale (X.2,2,11), et que Saint Louis fit insérer par deux fois dans le texte du « *dernier ordo capétien* »²³⁶², la référence à une justice « due ». Cependant, certains juristes du Moyen Âge n'ont pas manqué de rechercher plus loin les origines de cette dette. Lors de son discours sur la réformation du royaume, du 7 novembre 1405, le Chancelier de l'Université de Paris, Gerson, devait en ce sens évoquer un exemple tiré du règne de Trajan. L'Empereur ayant d'abord refusé d'écouter une femme qui venait de l'interpeller pour une cause judiciaire, il interrompit sa marche et accéda à cette requête, après que celle-ci l'ait apostrophé aux mots : « *Tu me dois justice...je te requiers justice que tu me dois* »²³⁶³. Sans doute était-il alors implicitement entendu de pouvoir faire remonter, de pas en pas, l'origine de cette obligation de justice au jugement biblique du Roi Salomon.

Quoi qu'il en soit, cette conception a trouvé un écho favorable après le Moyen Âge. En 1576, dans les *Six livres de la République*, Jean Bodin continuait à soutenir que : « *la raison principale qui peut mouvoir les Princes à juger leurs sujets, est l'obligation...qui est entre les Princes et les sujets, car...le Prince doit au sujet justice* »²³⁶⁴. En 1617, Bernard de La Roche-Flavin abondait dans ce sens, dénonçant à cette occasion l'institution des « épices ». Selon lui : « *Puisque le Prince est débiteur de la justice, il s'ensuit qu'il la doit fournir et rendre gratuitement, et non pas faire acheter au peuple ce qui lui est dû* »²³⁶⁵. La Révolution française n'a pas remis en cause cette approche et, à défaut d'ériger expressément le droit à la justice due au rang de « *droit naturel et imprescriptible de l'homme* » ou de « *droit de l'homme en société* », les Constitutions de 3 septembre 1791, de l'an I et de l'an III ont pareillement consacré sa gratuité²³⁶⁶. Cette idée s'est maintenue, également après l'an VIII. En 1801, « *louant l'avènement du code civil* »²³⁶⁷ demeuré en vigueur

²³⁶² *Ibid.*, p. 20.

²³⁶³ Cité in *Ibid.*, p. 20.

²³⁶⁴ J. Bodin, *Les Six livres de la République*, vol. IV, chap. VI, Rééd., Corpus des œuvres de philosophie en langue française, Paris, 1986, pp. 149-150.

²³⁶⁵ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre II, chap. XXII, p. 192.

²³⁶⁶ Article 2 du chapitre V du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791, article 89 de la Constitution du 24 juin 1793, et article 205 de la Constitution du 5 fructidor an III.

²³⁶⁷ J. Krynen, *L'idéologie...*, *op. cit.*, p. 21.

jusqu'à ce jour, Portalis affirmera encore par deux fois que « *la justice est la première dette de la souveraineté* », avant d'ajouter : « *c'est pour acquitter cette dette sacrée que les tribunaux sont établis* »²³⁶⁸.

578. Reconnaître la qualité de service public à la justice peut toutefois se révéler problématique, dès lors que le régime applicable à ce mode d'action de l'Etat paraît autoriser une certaine part d'arbitraire en provenance du Pouvoir politique. Cette crainte ressort explicitement sous la plume des détracteurs d'un « service public » juridictionnel. L'ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, Bernard Vatier, affirmait à cet égard : « *On peut y voir ici une atteinte à l'indépendance même de la justice puisqu'en reconnaissant à la justice une mission de service public, on reconnaît implicitement la part de l'exécutif (ou du législatif) dans la mise en œuvre de la justice et la présomption d'atteinte à l'indépendance qui peut en résulter* »²³⁶⁹. Cette assimilation du service public à l'arbitraire, et le sentiment de son incompatibilité subséquente avec la justice, ne sont pas nouveaux. Il serait tentant de vouloir remonter jusqu'à cette formule prêtée au Président Séguier ou au Maître des requêtes d'Ormesson, en réponse aux pressions exercées sur la juridiction d'exception chargée de juger Nicolas Fouquet : « *Sire, la Cour rend des arrêts, pas des services* »²³⁷⁰. Mais il semble plus raisonnable de rechercher l'origine contemporaine de ce grief dans la notion d'« *intérêt du service* », dont il est aujourd'hui traditionnellement admis qu'elle ne saurait être invoquée pour justifier le déplacement d'un magistrat inamovible contre son gré²³⁷¹. Notamment utilisé dans le droit de la fonction publique depuis le XIXe siècle, où il fonde les pouvoirs de l'administration vis-à-vis de ses agents, ce vocable général « *évoque irrésistiblement* », comme le souligne le Professeur Maublanc, « *une suspicion craintive, une discrétionnarité mal comprise et mal acceptée, voire l'arbitraire administratif* »²³⁷². Le Professeur Venezia va encore plus loin dans la critique, estimant que cet « *intérêt de l'administration n'aurait pas sa place dans un régime*

²³⁶⁸ J.-E.M. Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, pp. 21 et 87.

²³⁶⁹ B. Vatier, *op. cit.*, p. 142.

²³⁷⁰ X. Bioy, *L'institution judiciaire sous la V^{ème} République : de la logique administrative du service public appliquée à une autorité constitutionnelle*, RRJ, n° 4, 1999, p. 1099 ; H. Pauliat, *Les différents modes d'administration de la justice en Europe et au Québec et leur influence sur la qualité*, in M. Fabri, J.-P. Jean, P. Langbroek, H. Pauliat (Dir.), *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, Montchrestien, Grands colloques, Paris, 2005, pp. 39-40.

²³⁷¹ Cf. Partie I, titre II, chapitre 2 de la thèse.

²³⁷² J.-P. Maublanc, *L'intérêt du service dans le droit de la fonction publique*, in *Liber amicorum : études offertes à Pierre Jaubert*, PUB, Bordeaux, 1992, p. 522.

fondé sur un Etat de droit »²³⁷³. Un certain parallèle peut ici être dressé avec la notion plus ancienne d'« intérêt général », dont l'évocation reste elle aussi associée, souvent, à une « *primauté de l'intérêt public difficilement conciliable avec les libertés publiques* », à une « *mini-raison d'Etat redoutable des temps ordinaires* »²³⁷⁴.

La vision particulièrement négative qui résulte de ces éléments, suppose cependant d'être nuancée à deux égards. Une première raison tient à la confusion qui est faite entre l'intérêt du service « public », d'une part, et l'intérêt du service du « chef de service » ou du « Pouvoir politique », d'autre part. Faute d'être explicitement qualifiée quant à son objet, et parce que largement indéterminée dans son contenu, la notion toujours usitée d'« intérêt du service » est instinctivement associée à un intérêt « personnel ». Dans une moindre mesure, un nouveau parallèle peut ici être fait avec l'intérêt général qui, jusqu'à la mise au point du Conseil constitutionnel en matière législative²³⁷⁵, s'est longtemps fondu dans l'intérêt de la majorité politique du moment. En effet, pour en revenir à l'« intérêt du service », il faut bien garder à l'esprit que celui-ci est né et s'est développé pendant une phase de l'histoire administrative de la France, largement dominée par les concepts de souveraineté et de puissance publique. Ainsi, comme l'expliquent les Professeurs Guglielmi et Koubi, le rôle pris dans les « *premières années suivant la Révolution* » et « *dans la théorie du XIXe siècle* » par la notion « *écrasante* » d'administration, « *souvent honorée d'un grand A* », a constitué un « *facteur non négligeable de l'apparition tardive de la notion contemporaine de service public* »²³⁷⁶. Les auteurs vont plus loin, ajoutant que : « *si l'expression du « service public » et les termes « d'utilité publique », « d'usage commun » avaient pu être énoncés avant les premières années du XXe siècle, ils ne rendaient compte que de stratégies de pouvoir et ne traduisaient que des impératifs de puissance publique* »²³⁷⁷. Dans ces conditions, il paraît plus aisé de saisir l'effet désastreux qu'a pu revêtir par la suite, sur un plan psychologique, le maintien de la notion d'« intérêt du service ». La vétusté du statut dont ont souffert les agents publics au début du XXe siècle, ainsi

²³⁷³ J.-C. Venezia, *Commentaire de l'ouvrage de M.-A. Mestre : Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, RDP, 1975, p. 131.

²³⁷⁴ J.-P. Maublanc, *L'intérêt du service...*, *op. cit.*, p. 524.

²³⁷⁵ CC, décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, « *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie* », cons. 27.

²³⁷⁶ G.-J. Guglielmi, G. Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 2^e éd., 2007, p. 45.

²³⁷⁷ *Ibid.*, p. 18.

que la sévérité de certaines positions adoptées par le Conseil d'Etat pendant cette période²³⁷⁸, ont d'ailleurs pu contribuer à exacerber ce sentiment.

Pourtant, et il s'agit là d'une seconde raison qui vient compléter la première, le XXe siècle, époque d'épanouissement de la notion de service public, a constitué une rupture certaine par rapport à la période précédente. Avec le passage d'un Etat de police à un Etat de droit législatif, puis la transformation progressive de ce dernier en un Etat de droit constitutionnel et conventionnel, le siècle écoulé a connu un accroissement significatif du bloc de normativité et un enracinement profond du principe de légalité. Il en est résulté un encadrement textuel et une matérialisation plus précis de l'intérêt du service « public » et de l'intérêt « général », qui ont réduit d'autant la faculté d'arbitraire et le pouvoir discrétionnaire susceptibles d'être utilisés par le Pouvoir politique dans ses interventions relatives au service public. De même, il convient de souligner les effets positifs du mouvement de judiciarisation, caractérisée par le renforcement du contrôle juridictionnel sur des notions telles que l'intérêt du service et l'intérêt général. Par sa jurisprudence, le juge administratif a, le premier, fait de l'intérêt du service et de l'intérêt général « *une arme à double tranchant* » dans le cadre du contrôle de légalité. Ils sont aujourd'hui à la fois : « *une cause d'illégalité de l'action administrative – l'acte administratif qui poursuit un but étranger à l'intérêt général (du service) ou qui poursuit un but d'intérêt général (du service) autre que celui exigé par la loi est annulé -, et une cause de légitimité de l'action administrative – l'acte administratif qui a pour objet de restreindre les conditions d'exercice de certains droits et libertés protégés est légal dans la mesure où l'intérêt général (du service) le justifie* »²³⁷⁹. Cette logique a été reprise par la suite par le Conseil constitutionnel, s'agissant plus spécifiquement de l'intérêt général, dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois. Il appartient encore de souligner que le XXe siècle s'est traduit par une amélioration incontestable de la situation statutaire et pratique des membres de la fonction publique, au point de voir certaines voix s'élever désormais contre un état de « *privilégiature* »²³⁸⁰. Or, s'il est vrai que les mouvements de juridicisation et de judiciarisation précités ont joué un rôle dans cette évolution, cette dernière s'explique également par l'importance accordée à cette idée suivant laquelle : « *L'expérience de*

²³⁷⁸ Il convient notamment d'évoquer la position adoptée par le Conseil d'Etat dans son arrêt « *Winkell* », du 7 août 1909, à l'occasion duquel il a pu juger que l'agent qui se mettait en grève s'excluait de fait du service et perdait, par voie de conséquence, le bénéfice des garanties disciplinaires. Rec. p. 826.

²³⁷⁹ G. Merland, *L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ?*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 16, juin 2004, p. 1, www.conseil-constitutionnel.fr.

²³⁸⁰ Cité in Conseil d'Etat, *Réflexions sur la fonction publique*, Rapport public 2003, La documentation française, Etudes & Documents du Conseil d'Etat, n° 54, Paris, 2003, p. 243.

tous les peuples prouve que les services publics ne sont bien organisés et ne fonctionnent bien que si la situation personnelle...des agents publics est prise en considération »²³⁸¹.

579. Ces quelques remarques, pour utiles qu'elles puissent être dans le souci de relativiser la crainte d'arbitraire attachée à la qualification de service public, ne doivent cependant pas aboutir à faire oublier les spécificités et les exigences propres au service public juridictionnel. Le risque est en effet de voir celui-ci banalisé par son insertion dans ce « *réseau des services publics* »²³⁸² que forme l'administration étatique, et qui entraîne l'application de « *modèles technocratiques d'organisation* »²³⁸³ dont l'objectif premier est d'assurer au Gouvernement, pour l'accomplissement de ses missions, le concours d'une « force civile » ordonnée, neutre et efficace. L'institution de justice suppose, comme le souligne à juste titre Xavier Bioy, le respect de certaines « *conditions d'exercice exorbitantes du droit commun des services publics* »²³⁸⁴, au rang desquelles l'impartialité et l'indépendance. Et ces exigences se justifient moins par la prise en charge de ce qui pourrait *a priori* être qualifié de « *mission de service public constitutionnel* »²³⁸⁵, que parce qu'elles correspondent aux qualités raisonnablement attendues d'un « service public juridictionnel ».

Le droit comparé offre de ce point de vue, le modèle d'une corrélation étroite entre l'idée d'un « service public juridictionnel » et des exigences renforcées d'indépendance et d'impartialité, qui pourrait, semble-t-il, être transposé en l'adaptant au système français. Tel est essentiellement le cas du Canada où la Cour suprême a en quelque sorte opéré, dans son arrêt « *Ell c. Alberta* » du 26 juin 2003 relatif à la garantie de l'inamovibilité, une synthèse réussie de ces deux logiques. En effet, afin de ne pas condamner la justice canadienne à l'inertie, au motif que toute réforme impliquant une intervention du Pouvoir politique dans ce domaine ferait instinctivement craindre un risque d'arbitraire, la Cour a subordonné la validité d'une telle immixtion à une volonté de : « *servir les intérêts qui sous-tendent le principe de l'indépendance judiciaire* »²³⁸⁶. Ces derniers ont été définis, comme : « *la confiance*

²³⁸¹ G. Jèze, *Les principes généraux du droit...*, t. 2, *op. cit.*, pp. 402-403.

²³⁸² X. Bioy, *L'institution judiciaire...*, *op. cit.*, p. 1117.

²³⁸³ *Ibid.*, p. 1112.

²³⁸⁴ *Ibid.*, p. 1117.

²³⁸⁵ *Ibid.* p. 1117.

²³⁸⁶ Cour suprême du Canada, arrêt du 26 juin 2003, « *Ell c. Alberta* » [2003] 1 R.C.S., 857, § 33.

du public dans l'administration de la justice et le maintien d'un pouvoir judiciaire fort et indépendant capable de faire respecter la primauté du droit et les valeurs consacrées par notre Constitution »²³⁸⁷. Or, dans la mesure où l'indépendance judiciaire est d'abord censée « *protéger les intérêts du public* » et existe avant tout « *au profit de la personne jugée et non des juges* »²³⁸⁸, la Haute juridiction insiste particulièrement sur cette idée de confiance du public. Elle juge en conséquence, rejoignant en cela le droit européen, qu'il convient de « *s'assurer que les citoyens aient toujours une saine perception d'indépendance judiciaire* », ajoutant que l'institution de justice ne pourrait à défaut « *prétendre à la légitimité, ni commander le respect et l'acceptation qui lui sont essentiels* »²³⁸⁹. A partir de là, la Cour suprême opère un contrôle ayant pour prisme le point de vue du justiciable. Il s'agit de « *se demander* », selon elle, « *si en examinant les dispositions législatives pertinentes dans leur contexte historique complet, une personne raisonnable et renseignée conclurait que le tribunal judiciaire ou administratif en question est indépendant* »²³⁹⁰. L'examen qui s'ensuit se révèle toutefois, en pratique, beaucoup plus poussé et éloigné d'une simple application de la théorie des apparences, qu'il n'aurait pu y paraître au premier abord. Outre une mise en balance des intérêts et des risques, la Cour s'assure notamment, à l'aide des travaux préparatoires et annexes, que la réforme : « *reflète une décision que la législature a prise de bonne foi et de façon réfléchie dans le but de promouvoir les intérêts du public que l'indépendance judiciaire est censée protéger* ». En l'absence d'éléments faisant raisonnablement soupçonner le contraire, elle admet alors qu'empêcher une telle réforme conduirait à « *contrecarrer* »²³⁹¹ les intérêts qui sous-tendent le principe de l'indépendance judiciaire, au premier rang desquels celui du justiciable et du public.

Bien entendu, vérifier qu'une réforme constitutionnelle, législative ou réglementaire ne porte pas, dans son principe ou dans ses dispositions, une atteinte aux qualités requises de la justice, ne suffit pas. Encore est-il nécessaire de veiller à ce que, « *sur le terrain* », le chef de service ou le Pouvoir politique ne puisse pas être en mesure de développer un pouvoir arbitraire. Comme le relevait en effet le Professeur Eisenmann au début des années 1960, s'agissant du cas précis de l'inamovibilité, même si les textes généraux paraissent limiter les hypothèses d'éviction à des « *cas déterminés* », il « *suffit que ceux-ci soient beaucoup plutôt*

²³⁸⁷ *Ibid.*, § 33.

²³⁸⁸ *Ibid.*, § 29.

²³⁸⁹ *Ibid.*, § 23.

²³⁹⁰ *Ibid.*, § 32.

²³⁹¹ *Ibid.*, § 35.

indéterminés que déterminés pour que le résultat soit le même »²³⁹² qu'en l'absence de texte. C'est pourquoi, il est important que la Constitution, la loi ou le règlement assurent à la justice, toujours dans ce souci de servir les intérêts qui sous-tendent le principe de l'indépendance juridictionnelle, un principe de légalité renforcé. Enfin, c'est le service de ces mêmes intérêts qui devrait *a priori* justifier que, dans les rares espaces laissés à la relative discrétion du chef de service ou du Pouvoir politique, un magistrat inamovible ne puisse être évincé ou mû que dans l' « intérêt impérieux » ou pour les « nécessités » du service.

2°) Une garantie au service du service public juridictionnel

580. Une fois acceptée l'idée que l'inamovibilité constitue une garantie contre l'arbitraire, qui s'inscrit dans le cadre d'un service public particulier qu'est la justice, il faut concevoir qu'elle ne soit pas absolue. En effet, parce qu'elle s'insère précisément dans un service public dont la raison d'être repose sur le respect d'exigences exorbitantes du droit commun des services publics, l'impartialité et l'indépendance, l'important va être de veiller à ce qu'elle ne laisse, en cas d'immixtion du Pouvoir politique justifiée par des impératifs de service public, aucune prise à un quelconque arbitraire de celui-ci en matière d'éviction. Rien de moins. Mais, et il s'agit là de la condition *sine qua none* de la validité de la première partie de l'équation : rien de plus non plus. Comme l'a jugé la Cour suprême du Canada dans son arrêt « *Ell c. Alberta* » précité : « *Si les conditions d'indépendance ne sont pas interprétées en fonction des intérêts d'ordre public qu'elles visent à servir, il y a danger que leur application compromette la confiance du public dans les tribunaux au lieu de l'accroître* »²³⁹³. C'est pourquoi il convient, dans le souci de garantir le respect de l'inamovibilité et des intérêts de « service public » qu'elle est légitimement supposée servir, à savoir *in fine*, le besoin de tout justiciable de bénéficier d'un juge impartial, de s'assurer de la meilleure adéquation entre celle-ci et ces seconds.

Or, il n'est pas certain que l'approche dont fait actuellement l'objet l'inamovibilité en France, dans une majorité des esprits, réponde au mieux à cette exigence. Si elle n'est peut-être plus à proprement parler perçue comme un dogme, synonyme d'irrévocabilité et d'immobilité pour son bénéficiaire, cette vision montre pourtant des signes de résistance ponctuels. Il en va notamment ainsi, par ordre croissant de sensibilité, concernant la durée globale des fonctions, la mobilité « de service », et la durée d'occupation d'un emploi ou d'une fonction spécialisée.

²³⁹² C. Eisenmann, *La justice dans l'Etat*, *op. cit.*, pp. 4-5.

²³⁹³ Cour suprême du Canada, arrêt du 26 juin 2003..., *op. cit.*, § 29.

581. Le premier bastion de réticence, il est vrai « maison de paille » depuis longtemps fissurée en France, affère à la durée globale des fonctions. En effet, il semble majoritairement acquis que l'inamovibilité ne correspond plus à la nomination à vie dans les fonctions depuis, pour les magistrats judiciaires les premiers, l'intervention du décret du 1^{er} mars 1852 sur la limite d'âge. Cependant, le principe de cette limitation, adoptée dans les mois suivant le coup d'Etat de Louis-Napoléon Bonaparte contre la Seconde République, reste implicitement associé à une « *mesure politique* » destinée à « *épurer la Magistrature* » de l'époque de ses éléments royalistes ou républicains²³⁹⁴. Elle peut sembler en outre, et pour une critique plus contemporaine, s'inscrire en contradiction avec l'état du droit au sein d'autres grandes démocraties, pourtant réputées pour leur respect de l'inamovibilité. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, l'article III section 1 de la Constitution dispose que : « *Les juges de la Cour suprême et des cours inférieures conserveront leurs charges aussi longtemps qu'ils en seront dignes* » (*during good behavior*). Or, à la lumière des *Federalist Papers* et de la pratique, cristallisée dans la formule prêtée à Thomas Jefferson selon laquelle : « *un membre de la Cour suprême ne prend jamais sa retraite et meurt rarement* »²³⁹⁵, cette disposition visait précisément une désignation à vie. Il en va de même au Royaume-Uni où la formule de l'article 7 de l'*Act of settlement*, prévoyant que les juges conserveront leurs charges « *aussi longtemps qu'ils en seront dignes* » (*during good behavior*), a été reprise par les textes ultérieurs. Or, dans le contexte de 1701, l'emploi de ces termes correspondait, à l'instar des Etats-Unis quelques décennies plus tard, à l'idée d'une fonction viagère. Il est encore possible de citer l'exemple beaucoup plus récent de l'Allemagne, dont l'article 97 (2) de la Loi fondamentale relatif à l'inamovibilité, vise expressément « *les juges nommés à vie* ».

Ces arguments en faveur de la nomination à vie, supposent néanmoins d'être nuancés à trois égards. La première nuance tient au risque de voir compromis, du fait d'un abus involontaire de la marge laissée au magistrat, l'impartialité et la qualité de la justice. En 1914, Raoul de la Grasserie évoquait ainsi le cas d'un magistrat aux facultés affaiblies par l'âge, dont personne n'oserait « *attacher le grelot* », dont « *les justiciables souffriraient* » en conséquence, et « *les autres magistrats encore plus, car ils dev(r)aient remplir ses fonctions* »²³⁹⁶. Un demi siècle plus tard, le Professeur Eisenmann opinait dans le même sens, brandissant le spectre de « *juges très âgés,*

²³⁹⁴ Voir : F. Pinelli, *Etude historique sur la limite d'âge [1852, ordonnance de 1952]*, Le Pouvoir judiciaire, n° 175, 18^e année, janvier 1963, pp. 7-9 ; M. Rousselet, *1852-1952 : Le centenaire de la limite d'âge*, Le Pouvoir judiciaire, n° 72, 7^e année, novembre 1952, p. 2.

²³⁹⁵ Propos prêtés à Thomas Jefferson. Cité par F. Rueda, *La protection des pouvoirs constitués dans les pays anglo-saxons*, in P. Ségur (dir.), *op. cit.*, p. 228.

²³⁹⁶ R. de La Grasserie, *De la justice en France...*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 382-383.

devenant « passésistes » ou « conservateurs » », et susceptibles d’orienter de ce fait « la création de droit »²³⁹⁷. Et l’Universitaire de conclure que « dans un Etat démocratique, cette situation sera ressentie comme un danger », avant de citer à l’appui l’exemple américain. Or justement, et il s’agit là de la seconde nuance, les trois grandes démocraties précitées ont progressivement choisi d’atténuer le principe des fonctions viagères, afin de remédier à de telles difficultés. Aux Etats-Unis, bien qu’aucune limite d’âge n’ait été imposée, il a été admis dès 1863 pour les juges de circuit, et à partir de 1937 pour les membres de la Cour suprême²³⁹⁸, qu’un juge ayant siégé dix ans puisse se retirer à soixante-dix ans, tout en conservant son plein traitement. A défaut d’être contraignant, ce mécanisme se révèle incitatif²³⁹⁹ et, ainsi que le soulignait du reste le Professeur Tunc : « Un magistrat ne pourrait pas aujourd’hui rester en fonctions lorsque l’âge le rend incapable de les exercer utilement sans s’exposer à des pressions de la presse, de la radiodiffusion et, assez rapidement, de ses collègues »²⁴⁰⁰. De même au Royaume-Uni, il semble qu’en l’absence initiale de limite d’âge, une partie des juges ait progressivement pris l’habitude de se retirer à un âge avancé, pour ne pas compromettre le fonctionnement de la justice²⁴⁰¹. Puis, le Parlement britannique est à son tour intervenu à partir du *Judicial pensions Act* de 1959, pour imposer un âge général de départ à la retraite, initialement fixé à soixante-quinze ans²⁴⁰². En Allemagne enfin, le principe suivant lequel les juges fédéraux exercent leurs fonctions jusqu’à l’âge de la retraite, s’est en vérité trouvé affirmé dès l’origine, à travers la disposition de l’article 97 (2) de la Loi

²³⁹⁷ C. Eisenmann, *La justice dans l’Etat*, op. cit., p. 51.

²³⁹⁸ F. Rueda, *La protection des pouvoirs constitués...*, in P. Ségur (dir.), *La protection des pouvoirs constitués...*, op. cit., p. 228.

²³⁹⁹ Une alternative est en effet offerte aux juges, ceux-ci pouvant, ou bien choisir de démissionner (28 U.S. Code § 371, S. a), ou bien décider de conserver leur poste en renonçant cependant à exercer leurs fonctions (28 U.S. Code § 371, S. b). En outre, afin de faciliter le retrait, une gradation est opérée entre l’âge de départ et la durée de service effectuée. Le retrait peut ainsi avoir lieu dès soixante-cinq ans pour quinze ans de service, soixante-six ans pour quatorze ans, soixante-sept ans pour treize ans, soixante-huit ans pour douze ans, soixante-neuf ans pour onze ans, et soixante-dix ans pour dix ans (28 U.S. Code § 371, S. c).

²⁴⁰⁰ A. Tunc, *Système constitutionnel des Etats-Unis*, Domat Montchrestien, Paris, 1954, p. 210.

²⁴⁰¹ Henry Cecil écrit à cet égard : « Know of no case of a sitting judge become senile. In fact some judges, still fully capable of doing the work, voluntary resigned, lest the public might become suspicious of their powers owing to their age. One judge, Mr. Justice Stephen, was affected by a mental illness and resigned after a leading article in *The Times* suggested that he should. This was in 1891 ». Voir : *The English judge*, The Hamlyn trust, Stevens & Sons, London, 1970, pp. 49-50.

²⁴⁰² *Judicial pensions Act* de 1959, § 2 (1). Par la suite, le *Judicial pensions and retirement Act* de 1993 est encore venu diminuer cet âge obligatoire de départ en retraite, lequel se situe désormais entre soixante-cinq et soixante-dix ans, sous réserve de cas exceptionnels de maintien en activité jusqu’à soixante-quinze ans.

fondamentale qui prévoit que : « *Le législateur peut fixer les limites d'âge auxquelles les juges nommés à vie sont admis à faire valoir leurs droits à la retraite* ». Le Professeur Fromont fait d'ailleurs état, à propos de cette phrase, d'une utilisation « *impropre* » de l'appellation de nomination à vie²⁴⁰³.

Bien entendu, et c'est ici la troisième nuance à apporter à l'idée d'une désignation viagère, la position d'une limite d'âge n'est pas incompatible avec le souci de prévenir tout risque d'arbitraire. Il importe surtout que le terme des fonctions soit « *établi par la loi* »²⁴⁰⁴, de manière « *indifférencié(e)* » et qu'il « *n'autorise ni traitement de faveur, ni au contraire, sanction déguisée* »²⁴⁰⁵. A cet égard, il peut être utile de prévoir une application différée de cette limite, y compris en intégrant une période transitoire. De même, il paraît nécessaire de subordonner le maintien en fonction au-delà de cet âge, au « *consentement exprès de l'intéressé* », et de veiller à ce qu'elle n'emporte pas d'incidences financières négatives pour les magistrats concernés. Au-delà de cette faculté de prévenir le risque d'arbitraire au moyen d'un encadrement légal, force est de constater que les instruments européens consacrés à l'indépendance des juges, éludent unanimement la nomination à vie dans la définition de l'inamovibilité. C'est ainsi que dans son Avis n° 1 de 2001 sur les normes relatives à l'indépendance et l'inamovibilité des juges, le Conseil consultatif des juges européens indique que : « *Dans la pratique européenne, les nominations à plein temps jusqu'à l'âge légal de la retraite sont la règle. C'est l'approche la moins problématique du point de vue de l'indépendance* ». Il note encore, plus loin, que : « *Selon un grand principe de l'indépendance judiciaire, l'exercice de la fonction occupée par un juge doit être garanti jusqu'à l'âge légal de la retraite* »²⁴⁰⁶. L'instance consultative ne s'est pas départie de cette position depuis lors, allant jusqu'à intégrer la « *nomination jusqu'à l'âge de la retraite* » parmi les principes fondamentaux de sa *Magna Carta des juges*, adoptée le 19 novembre 2010²⁴⁰⁷.

582. Le deuxième fortin de résistance, « maison de bois » certes ébranlée depuis le début des années 1980, concerne la mobilité « de service ». Celle-ci recouvre précisément, parmi les dispositifs de mobilité fonctionnelle, ceux qui sont

²⁴⁰³ M. Fromont, *République fédérale d'Allemagne*, in *Le statut constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 329.

²⁴⁰⁴ Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, Conseil de l'Europe, 17 novembre 2010, § 50.

²⁴⁰⁵ T. Renoux, *Inamovibilité*, O. Duhamel, Y. Mény (dir.), *op. cit.*, p. 492.

²⁴⁰⁶ CCJE, Avis n° 1 (2001)..., *op. cit.*, § 48 et 57.

²⁴⁰⁷ CCJE, *Magna Carta des juges (Principes fondamentaux)*, Conseil de l'Europe, 19 novembre 2010, § 4.

destinés à assurer la continuité de l'activité juridictionnelle des juridictions souffrant d'un problème « momentané » d'effectif. Il s'agit d'une part du mécanisme des « *judges volants* » ou « *placés* », prévu à l'article 3-1 du Statut organique de la magistrature, et d'autre part du système des délégations de magistrats, visé à l'article L. 121-4 du code de l'organisation judiciaire. Leur finalité, qui s'inscrit dans une logique de service public, n'est pas en elle-même contestée. Ces mécanismes permettent précisément de pallier des empêchements ponctuels au sein d'une juridiction, liés à des congés annuels, à des congés de maladie, de maternité, d'adoption, ou encore justifiés par la participation à des stages de formation. Ils permettent également de remédier à des situations de vacances d'emplois, voire de renforcer l'effectif d'une juridiction pour « *assurer le traitement du contentieux dans un délai raisonnable* ». C'est ainsi que dans son rapport d'information de 2001 sur le fonctionnement de la justice du Haut-Rhin, le Sénateur Haenel prenait soin de remarquer que : « *Toutes les personnes...rencontrées ont salué le développement de ce genre de poste qui permet de compenser l'absence temporaire de magistrats...et d'assurer un fonctionnement régulier du service* »²⁴⁰⁸. Pour autant, des voix se sont élevées pour dénoncer cette situation qui a vu des juges, théoriquement inamovibles, devenir des : « *pompiers volants ou, pour ceux qui préfèrent une terminologie tirée de l'Education nationale des « TZR », c'est-à-dire des titulaires en zone de remplacement* »²⁴⁰⁹.

Malgré sa grande part de justesse, cette critique suppose cependant d'être atténuée dans la mesure où, comme l'admettent eux-mêmes ses auteurs, l'inamovibilité doit, au moins jusqu'à un certain seuil, pouvoir « *s'accommoder des exigences...de continuité* » du service public juridictionnel. Il convient d'ailleurs de constater que d'autres pays, pourtant jurés protecteurs de l'inamovibilité, acceptent que des juges bénéficiant de cette garantie, soient soumis à un certain degré de mobilité de service. Tel est le cas remarquable de l'Angleterre et du Pays de Galles où, vestige de l'ancienne institution des juges itinérants, paraît perdurer l'idée d'une certaine mobilité acceptée, n'impliquant pas de recueillir le consentement ponctuel et exprès du juge. C'est ainsi qu'un *judge of the Court of Appeal*, haute juridiction d'appel située à *Londres*, peut être conduit à siéger dans les juridictions d'appel et de première instance d'un niveau immédiatement inférieur, que sont la *High Court* (civil) et la *Crown Court* (criminel)²⁴¹⁰. Inversement, un *puisne judge of the High*

²⁴⁰⁸ H. Haenel, rapport d'information n° 27 fait au nom de la Commission des finances, sur les moyens de fonctionnement de l'ensemble des services de la justice du département du Haut-Rhin, Sénat, 16 octobre 2001, p. 18.

²⁴⁰⁹ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions...*, op. cit., 10^e éd., 2009, p. 817.

²⁴¹⁰ *Senior Courts Act (1981) C. 54, Section 9 (1)*.

Court peut être amené à siéger aussi bien à la *Court of appeal*²⁴¹¹, qu’au sein d’une des nombreuses représentations que compte la *High Court* londonienne à travers le territoire du Royaume²⁴¹². Une mobilité comparable s’applique à l’échelon inférieur, vis-à-vis des *circuit judges* et des *District judges*, nommés dans l’une des sept grandes régions d’Angleterre et du Pays de Galles. Notamment chargés de connaître des différends portés devant les juridictions de première instance que sont les *County Courts* (civil), ceux-ci peuvent voir leur affectation évoluer à deux égards. Il peut s’agir, d’une part, d’un déplacement entre les sous-divisions territoriales des régions que sont les *County Court Districts*²⁴¹³. Il peut s’agir, d’autre part, d’un déplacement entre les juridictions situées dans ce dernier niveau de ressort. Enfin, les *Circuit judges* peuvent encore être amenés à siéger à la *High Court* et à la *Criminal division of the Court of appeal*²⁴¹⁴. Parallèlement au système britannique, le système judiciaire italien, qui a le mérite d’entretenir une étroite proximité juridique et culturelle avec la France, offre une illustration tout aussi intéressante de l’institutionnalisation d’une mobilité de service. C’est ainsi que le législateur transalpin est précisément intervenu pour établir des dispositifs destinés à pallier au carences éventuelles de certaines juridictions, par l’utilisation de magistrats relevant d’autres juridictions. Il convient de citer en ce sens la loi n° 133 du 4 mai 1988, venue compléter les mécanismes traditionnels de suppléance, par la prévision de tableaux de répartition des magistrats entre les juridictions d’un même district. De même, la loi n° 48 du 13 février 2001 a prévu la mise en place auprès de chaque cour d’appel, d’un organigramme des magistrats d’un même district, « à affecter au remplacement des magistrats dudit district » lorsqu’ils sont absents de leur poste. Concrètement, l’effectif de « magistrats de district » porté dans cet organigramme est déterminé tous les deux ans, par décret du ministre de la justice, pris après avis du Conseil supérieur de la magistrature, en tenant compte de la moyenne statistique des absences recensées par district au cours des deux années précédentes²⁴¹⁵.

Bien entendu, le fait que d’autres systèmes juridiques aient choisi de reconnaître l’existence de mécanismes de mobilité de service, ne suffit pas à justifier

²⁴¹¹ *Ibid.*

²⁴¹² Voir les développements consacrés à la fonction d’« *High Court Judge* », sur le site Internet www.judiciary.gov.uk.

²⁴¹³ *County Courts Act (1971) C. 28*, Sections 5 et 6. Voir également les développements consacrés aux fonctions de « *Circuit judge* » et de « *District judge* », sur le site Internet www.judiciary.gov.uk.

²⁴¹⁴ *Senior Courts Act (1981) C. 54*, Section 9 (1).

²⁴¹⁵ Consiglio superiore della magistratura, *Le système judiciaire italien*, in *Il sistema giudiziario italiano*, www.csm.it, pp. 123-124.

la compatibilité de ces derniers avec les finalités de l'inamovibilité. Il appartient donc de veiller à ce que cette mobilité ne puisse donner lieu, tant dans son objet que dans ses conditions de mise en œuvre, ni à un quelconque arbitraire, ni à un recours dont l'abus se révélerait préjudiciable pour la sérénité attendue du magistrat. De ce point de vue, le premier impératif est sans doute de s'assurer que sa nécessité ne soit pas la conséquence d'une abstention coupable du Pouvoir politique, et qu'elle ne soit pas utilisée à cette fin. Dans son rapport précité, le Sénateur Haenel regrettait ainsi que le recours aux « *juges placés* » soit « *détourné de sa mission d'origine... (pour compenser des sous-effectifs chroniques liés soit à... un taux de vacance de poste élevé, et inexpliqué..., soit à une sous-évaluation des charges de la juridiction)* »²⁴¹⁶. Il s'agit ensuite de parer à tout soupçon d'arbitraire proprement dit. Il est ainsi préférable que les motifs de mobilité soient préalablement et précisément déterminés par la loi, dans cette logique de légalité renforcée dont il a été précédemment fait écho. En envisageant des remplacements destinés à faire face à des situations identifiées et ponctuelles, les articles 3-1 alinéa 1^{er} du Statut organique et L. 121-4 du code de l'organisation judiciaire²⁴¹⁷ ont respecté cette exigence. De la même manière, il paraît important de bien encadrer les modalités de choix des magistrats placés ou délégués, en leur assurant des conditions matérielles et de récupération avantageuses, en veillant à obtenir leur consentement par avance pour l'exercice de telles fonctions, en restreignant la durée de ces dernières à proportion de leur exorbitance, et en favorisant la désignation à cette qualité de magistrats indépendants et aguerris²⁴¹⁸. A cela s'ajoute, à défaut d'obtenir le consentement du magistrat avant chaque placement ou délégation, la nécessité de confier le pouvoir de désignation à une autorité indépendante. Mais, si cette dernière exigence implique *a priori* d'écarter l'intervention directe du Pouvoir politique, une position plus souple mérite peut-être d'être adoptée vis-à-vis du chef de juridiction. En effet, si la culture judiciaire française associe traditionnellement la compétence de celui-ci à un risque d'arbitraire pour les autres magistrats, c'est cependant oublier qu'il reste un juge en

²⁴¹⁶ H. Haenel, rapport n° 27..., *op. cit.*, pp. 9 et 18.

²⁴¹⁷ L'article 3-1 alinéa 1^{er} du Statut organique vise des remplacements destinés à suppléer des magistrats « *empêchés d'exercer leurs fonctions du fait de congés de maladie, de longue maladie, pour maternité ou d'adoption ou du fait de leur participation à des stages de formation, ou admis à prendre leur congé annuel* ». L'article L. 121-4 du code de l'organisation judiciaire vise quant à lui le « *renforcement temporaire et immédiat des juridictions du premier degré... indispensable pour assurer le traitement du contentieux dans un délai raisonnable* ».

²⁴¹⁸ A propos de la loi du 19 janvier 1995 modifiant le Statut de la magistrature et étendant l'institution des « *juges placés* », Dominique Guihal avait en effet pu écrire : « *Les juges « volants », souvent juste sortis de l'ENM, isolés par rapport à leurs collègues, avaient déjà beaucoup de raisons de ne pas être indociles. La réforme de leur statut les rendra encore plus vulnérables puisqu'ils pourront par exemple redouter d'être envoyés chaque jour de la semaine dans une juridiction différente aux extrémités géographiques du ressort de la Cour* ». Voir : *L'inamovibilité des juges...*, *op. cit.*, p. 800.

dépôt de ses fonctions administratives de chef de juridiction. Or, comme a pu le souligner le Professeur Lajoie à propos du pouvoir d'affectation des juges au Canada : « *on imagine mal... (qu'il) ne relève pas de la discrétion du juge-en-chef d'une juridiction... (dans la mesure où) cette discrétion d'affectation, ... comme celle qui caractérise l'ensemble des pouvoirs du juge-en-chef, doit s'exercer en tout respect du droit des justiciables d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial* »²⁴¹⁹.

583. La troisième et dernière casemate de résistance, « maison de pierre » ayant cependant été assortie de quelques exceptions à partir du début des années 2000, attrait à la mobilité géographique et aux aspects non traités de la mobilité fonctionnelle. La garantie de l'inamovibilité reste encore étroitement associée, dans son principe, à l'impossibilité d'imposer, pendant toute la durée globale des fonctions inamovibles, un nombre maximum d'années pouvant être passées dans une fonction ou dans un lieu géographique²⁴²⁰. Cette idée d'une immobilité assumée est à tel point admise qu'elle aboutit en pratique, en France, à « *promouvoir sur place les magistrats, y compris au choix, au prétexte qu'ayant refusé toute mobilité au titre d'une promotion à l'ancienneté, on ne peut leur refuser éternellement toute promotion au choix, y compris au choix* »²⁴²¹. Cette conception apparaît toutefois problématique à plusieurs égards. Force est d'abord de rappeler que les magistrats ne sont plus aujourd'hui recrutés parmi les notables et propriétaires locaux dont il était attendu, comme ce fut le cas au XIXe siècle et pendant une partie du XXe siècle : d'une part, qu'ils jouissent par leurs racines familiales, d'une autorité naturelle sur la population locale ; et d'autre part, qu'ils soient capables de subvenir à leurs propres besoins, indépendamment du faible traitement versé par l'Etat. Il est au contraire attendu d'eux une impartialité dont nombre de réflexions menées sur le sujet, n'ont pas manqué de souligner qu'elle s'accommodait mal avec un trop grand « *enracinement local* » du magistrat²⁴²². Il convient ensuite de prendre en

²⁴¹⁹ A. Lajoie, *L'indépendance du judiciaire : le contrôle interne*, in British institute of international and comparative law, Institut des hautes études sur la justice, Société de législation comparée, UMR de droit comparé de Paris, *Rendre compte de la qualité de la justice*, Colloque franco-britannique des 14-15 novembre 2003, Paris, www.courdecassation.fr.

²⁴²⁰ Question n° 13 : « *Quelle est la teneur, s'il y en a, des règles restrictives tenant à un nombre limité d'années pouvant être passées dans une fonction et/ou dans un lieu géographique ?* », in AHJUCAF, *L'indépendance de la justice*, *op. cit.*, www.ahjucaf.org.

²⁴²¹ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions...*, *op. cit.*, 10e éd., 2009, p. 185.

²⁴²² Dans un rapport de 2000, le Député Devedjian écrivait : « *Pour le garde des sceaux, favoriser la mobilité des magistrats pourrait... limiter les risques d'abus de position dominante dans une juridiction. Par principe, il n'est pas bon qu'un magistrat soit immergé trop longtemps dans un environnement local. Ce que certains ont reproché aux magistrats consulaires peut l'être à certains magistrats professionnels* ». Voir : P. Devedjian, Rapport d'information n° 2137..., *op. cit.*,

considération la structure administrative et territoriale de l'Etat. S'il est vrai que la Constitution actuelle de la France prévoit, depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, que son « *organisation est décentralisée* », elle n'en demeure pas moins un Etat unitaire et une « *République indivisible* »²⁴²³. S'il est également juste qu'une certaine culture des magistratures régionales s'est maintenue au XIXe siècle, dans le sillon de l'Ancien Régime, celle-ci a cependant été remise en cause à compter de la III^{ème} République. L'idée que les magistrats puissent souhaiter accomplir toute leur carrière dans une région, couplée à la « *volonté de (certains) d'être mutés dans leur région d'origine* »²⁴²⁴, pourrait de ce fait sembler inappropriée. Les juges sont à la fonction juridictionnelle, ce que sont les députés à la fonction législative : les premiers jugeant au nom du Peuple français, comme les seconds représentent la Nation. Au demeurant, Il serait gênant que des magistrats immobiles d'un côté, puissent de l'autre, par le jeu des nouvelles affectations sollicitées et consenties, systématiquement privilégier les régions offrant les meilleures conditions de vie, au détriment de régions réputées « sinistrées ». Il est au contraire attendu d'eux qu'ils contribuent à la présence d'une justice également indépendante et impartiale, en tout point du territoire national²⁴²⁵. Il faut enfin tenir compte de l'aspiration des magistrats eux-mêmes, qui n'est plus nécessairement celle d'une trop forte immobilité. Bien que soucieux d'une certaine stabilité, ils peuvent néanmoins souhaiter jouir d'un juste degré de mobilité dans leur carrière, dont le Conseil

p. 95. Six ans plus tard, dans le contexte de l'« affaire d'Outreau », un nouveau rapport du Député Houillon soulignait que : « *plusieurs aménagements des règles de mobilité auxquelles sont soumis les magistrats permettrait d'éviter certaines dérives individuelles au cours de la carrière des magistrats, (et notamment celles qui) résultent d'un enracinement local trop durable* ». Voir : P. Houillon, Rapport n° 3499 fait au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi organique n° 3391 relatif à la formation et à la responsabilité des magistrats, Assemblée nationale, 6 décembre 2006, p. 31. Les mêmes critiques ressortent sous la plume de certains représentants de la doctrine. Déjà en 1914, Raoul de La Grasserie Affirmait : « *Le maintien à perpétuité d'un magistrat...dans la même localité (est un problème)...On se fait une...patrie, on adopte un pays, (on) en embrasse toutes les sympathies et les antipathies. Les justiciables peuvent en souffrir beaucoup. La pire des tyrannies pour eux est d'avoir toujours le même maître. D'ailleurs, voici un plaideur qui a perdu un procès, peut-être très justement, il aura en suspicion celui qui l'aura jugé, et ce sera une satisfaction si dans un nouveau, il obtient un autre juge* ». Voir : R. de La Grasserie, *De la justice en France et à l'étranger...*, t. 3, *op. cit.*, p. 183. Plus récemment, le Professeur Buffelan-Lanore mettait encore en exergue : « *tous les inconvénients inhérents à une longue durée dans les mêmes fonctions (...déformation par le poids des traditions et habitudes régionales, etc.) et au même siège (enracinement dans la société locale, liens familiaux, amitiés de longue date, etc.)* ». Voir : J.-P. Buffelan-Lanore, *Réflexions iconoclastes sur le statut de la magistrature*, LPA, n° 147, 7 décembre 1992, p. 7.

²⁴²³ Article 4 de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁴²⁴ H. Haenel, rapport n° 27..., *op. cit.*, p. 16.

²⁴²⁵ En Italie, Etat unitaire dont l'organisation est régionalisée, le législateur est intervenu pour mettre en place des dispositifs destinés à encourager les magistrats à occuper des postes en Sicile, en Calabre, en Sardaigne et en Basilicate, « *régions connaissant des problèmes de criminalité organisée et dotées de structures judiciaires déficientes* ». Voir : M. G. Civinini, *Le statut du magistrat en Italie*, *Revue internationale de droit comparé*, n° 1, 2007, p. 16.

supérieur de la magistrature a lui-même reconnu qu'il était de « *nature à maintenir la motivation professionnelle du magistrat dans l'intérêt du justiciable* »²⁴²⁶. Ceci vaut notamment pour les jeunes magistrats qui, dans le cadre de leurs premières affectations partiellement choisies, apparaissent plus enclins à requérir une application souple de l'obligation de résidence²⁴²⁷.

Jusqu'ici, il ressort que les Pouvoirs publics français, soucieux de ne pas préjudicier à une conception dominante de l'inamovibilité, n'ont pas souhaité apporter de réponse générale et contraignante à cette problématique. Sans vouloir revenir trop longuement sur des développements antérieurs²⁴²⁸, il faut rappeler que le Conseil supérieur de la magistrature a institué la « *pratique des dix ans* », qui conditionne l'avancement à un changement de juridiction. De même, la loi organique du 25 juin 2001 est venue limiter à respectivement sept et dix ans, au sein d'une même juridiction, l'essentiel des fonctions de présidence et des fonctions spécialisées. Si ces dispositifs marquent une avancée incontestable vis-à-vis d'un passé plus ancien, elles laissent toutefois subsister des lacunes. C'est pourquoi quelques représentants de la doctrine ont préconisé de généraliser le recours à une notion d'« *inamovibilité temporaire* »²⁴²⁹. Les Professeurs Guinchard, Montagnier, Varinard et Debard ont concrètement suggéré : « *d'institutionnaliser dans la carrière des magistrats, la règle de la mobilité...automatique et pour tous, à une périodicité à définir...si possible en brassant, en croisant les mutations, afin que tout un tribunal ne se retrouve pas muté en même temps, au même endroit*. Les quatre auteurs prennent ensuite soin de justifier la compatibilité de ce mécanisme avec l'inamovibilité. Se référant d'une part au principe d'égalité, ils notent que : « *Si tout le monde change de poste à périodicité prédéterminée, la mutation n'est pas une sanction mais une étape normale et préétablie dans le déroulement de la carrière* »²⁴³⁰. Puis, faisant écho à la théorie du « consentement par avance »

²⁴²⁶ CSM, rapport annuel d'activité 1997-1998, cité in P. Devedjian, rapport n° 2137..., *op. cit.*, p. 96.

²⁴²⁷ Obligation aujourd'hui prévue par l'article 13 du Statut de la magistrature, pour les magistrats de l'ordre judiciaire. Dans une intervention du mois de novembre 1926, à la Chambre des députés, le Député de Moro-Giafferi faisait déjà état de la présence : « *dans l'Amicale de la Magistrature... (d')un certain nombre de jeunes magistrats un peu échauffés, un peu actifs – on les appelle « Les jeunes Turcs » dans la magistrature – qui s'ennuyaient de faire de la manille au Café du Commerce d'une sous-préfecture ; il préféreraient aller au bridge chez le Préfet* ». Le Parlementaire concluait ainsi : « *C'est de là qu'est née l'idée du tribunal départemental* ». Voir également : D. Sombetzki-Lengagne, *L'obligation de résidence des fonctionnaires à l'épreuve du droit européen*, AJFP, 2003, pp. 28 et s.

²⁴²⁸ Cf. Partie I, titre II, chapitre 2 de la thèse.

²⁴²⁹ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions...*, *op. cit.*, 10e éd., 2009, p. 159.

développée par le Conseil constitutionnel, ils soulignent que : « *Si un juge...sait, dès son entrée dans une fonction, que celle-ci ne peut pas dépasser une certaine durée, il n'y a pas atteinte à son indépendance* »²⁴³¹.

Cette proposition que les auteurs qualifient eux-mêmes de « *révolutionnaire(s)* »²⁴³², devrait sans doute être entourée de garanties légales supplémentaires, pour assurer une meilleure indépendance au magistrat. Concernant sa survenance, cette mobilité obligatoire devrait revêtir un caractère supplétif par rapport à la mobilité demandée par le magistrat, ou consécutive à une proposition d'avancement, en dehors de l'espace géographique critique où se situe la juridiction dont il relève. Le but est en effet que ce dernier ne puisse pas rester au-delà d'une durée jugée suffisante, au sein du même espace. Afin de préserver l'indépendance du magistrat, cette durée maximale devrait *a priori* être fixée à proportion de la taille cet espace, et augmentée de manière raisonnable en cas de mobilité intervenue dans ce dernier au cours des dernières années précédent son expiration. S'agissant ensuite du choix du lieu de la nouvelle affectation, il conviendrait, comme la loi du 25 juin 2001 le prévoit déjà pour les fonctions précitées, que le magistrat soit sollicité suffisamment tôt afin d'émettre des propositions et le cas échéant de prendre connaissance de celles qui pourront lui être formulées en retour. Ces propositions pourraient être envisagées sur la base d'un tableau prévisionnel des vacances de postes, et d'un classement tenant compte de critères objectifs. Elles s'effectueraient au minimum à niveau hiérarchique et traitement égaux, prévoyant au contraire des mesures incitatives pour l'occupation de postes situés dans des régions en difficulté et souffrant de sous-effectifs. Les affectations définitives pourraient, enfin, être décidées sur proposition d'une autorité indépendante, à savoir le Conseil supérieur de la magistrature, et non sur simple avis conforme comme cela reste aujourd'hui le cas pour l'essentiel des postes en droit français.

§ 2. Une garantie unifiée à l'aune de la fonction juridictionnelle

584. Le système juridictionnel français se caractérise, ainsi que cela a déjà été souligné lors de développements antérieurs, par une véritable pépinière

²⁴³⁰ *Ibid.*, pp. 185-186.

²⁴³¹ *Ibid.*, p. 159.

²⁴³² *Ibid.*, p. 186.

d'inamovibilités²⁴³³. Pour s'en tenir aux « magistrats » de carrière, qui constituent le noyau dur du service public de la justice, il convient de citer, outre l'inamovibilité des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, celles reconnues aux « magistrats » des quatre corps qui composent l'ordre administratif. Or, le Conseil d'Etat a admis, à l'occasion d'un arrêt « *Mme Popin* » du 27 février 2004, que la justice : « *est rendue de façon indivisible au nom de l'Etat* »²⁴³⁴. Le Professeur Truchet rappelle de manière plus large, que : « *La justice est une. Qu'elle soit divisée dans notre pays entre le Conseil constitutionnel et les deux ordres de juridiction n'empêche pas qu'elle remplit, au nom du peuple français, la même fonction et qu'elle doit répondre aux mêmes exigences d'équité, telles qu'affirmées par l'article 6* » de la Convention européenne des droits de l'homme²⁴³⁵. Dans ces conditions, il est possible de se demander s'il ne serait pas judicieux de procéder à une unification de cette garantie, à l'échelle des deux ordres juridictionnels. En effet, à partir du moment où il est admis que l'inamovibilité poursuit dans les cinq cas, une même finalité, à savoir l'exercice de la fonction juridictionnelle, une telle solution paraît devoir s'imposer. Une opposition de principe pourrait se révéler, à plusieurs égards, contreproductive. Le refus d'accorder une inamovibilité constitutionnelle aux magistrats de l'ordre administratif vient ainsi, de manière implicite, valider la thèse d'une corrélation entre ce refus et le souci de prévenir l'émergence d'un pouvoir juridictionnel. Inversement, l'absence de reconnaissance d'une inamovibilité de droit, en faveur des membres du Conseil d'Etat, peut contribuer à entretenir le doute sur l'utilité de cette garantie. Enfin, le maintien d'une telle diversité de situations, est de nature à faire suspecter une volonté d'arbitraire de la part de l'Etat²⁴³⁶. C'est pourquoi il paraît souhaitable d'envisager l'extension à l'ensemble des juges de carrière, aussi bien de l'inamovibilité expresse **(A)**, que constitutionnelle **(B)**.

²⁴³³ Cf. Introduction générale et Partie II, titre I, chapitre 2 de la thèse.

²⁴³⁴ CE, arrêt du 27 février 2004, « *Mme Popin* », AJDA, 2004, p. 672.

²⁴³⁵ D. Truchet, *Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel*, AJDA, 26 septembre 2005, p. 1768.

²⁴³⁶ Le Conseiller d'Etat Macarel écrivait déjà en 1828 : « *En présentant la loi du 16 juillet 1824, sur les retraites des juges, M. Peyronnet, alors garde-des-sceaux, s'exprimait en ces termes : l'inamovibilité des juges est de l'essence même de la justice, parce qu'il n'y a point de justice sans indépendance, ni d'indépendance complète sans la sécurité précieuse que produit l'inamovibilité. Or, cette raison, je vous prie, n'est-elle pas applicable à ceux qui jugent en Conseil d'Etat, comme à ceux qui jugent en cour Royale ? Quelle différence y a-t-il pour le justiciable de perdre son procès dans l'une ou l'autre juridiction ? La conséquence n'est-elle pas toujours invariablement qu'il sera propriétaire ou non, créancier ou débiteur ? Lors donc qu'on vient lui dire : Vous avez perdu votre procès au Conseil d'Etat, n'est-il pas en droit de s'écrier à son tour ? Il n'y a pas de justice sans indépendance, et mes juges n'étaient pas indépendants, car ils ne sont pas inamovibles* ». Voir : L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs...*, op. cit., 1828, p. 461.

A. Une inamovibilité expresse pour l'ensemble des juges de carrière

585. Les membres du Conseil d'Etat restent, à ce jour, le seul corps de « magistrats » de carrière à ne pas bénéficier d'une inamovibilité expresse à l'appui de leurs fonctions juridictionnelles. Aujourd'hui appelée de ses vœux par le Vice-président du Conseil d'Etat lui-même²⁴³⁷, et un temps envisagée par le Gouvernement²⁴³⁸, une évolution de cet état du droit ne paraît plus rencontrer d'objection rédhibitoire sur le plan juridique, et paraît au contraire s'inscrire dans une logique de cohérence en droit interne (1°) et comparé (2°).

1°) Un impératif de cohérence juridique en droit interne

586. Lors des travaux préparatoires à la Constitution du 4 octobre 1958, le Professeur Waline avait, pour emporter le rejet d'un amendement proposé par Paul Coste-Floret, qui prévoyait la consécration expresse de l'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat, eu recours à un argument pratique. Il s'était en effet exprimé en ces termes : « *la question de l'inamovibilité poserait un problème un peu délicat : les membres du Conseil d'Etat sont un peu polyvalents, parfois ils sont juges, parfois ils sont conseillers d'administration. Il arrive même que ce soit les mêmes personnages qui, à un même moment, siègent à la section du contentieux et dans des sections administratives quand la section du contentieux est renforcée d'éléments qui siègent simultanément* ». Puis de conclure sous la forme d'une interrogation : « *Allez-vous dire qu'ils sont inamovibles quand ils siègent au contentieux et qu'ils ne le sont pas quand ils sont dans les sections administratives ?* »²⁴³⁹. La dualité fonctionnelle des membres du Conseil d'Etat se révélait ainsi, pour l'Universitaire, un obstacle infranchissable à une telle reconnaissance. Un demi-siècle plus tard, l'état des attributions des membres « ordinaires » de la Haute institution n'a pas fondamentalement changé. L'article R. 121-3 du code de justice administrative pose en principe, que : « *Les conseillers d'Etat en service ordinaire, les maîtres des*

²⁴³⁷ J.-M. Sauvé, *Les réformes en cours au sein de la justice administrative*, Intervention faite au Centre de recherches en droit administratif de l'Université de Paris II, Paris, 18 mai 2009, www.conseil-etat.fr.

²⁴³⁸ Amendement CL 89 déposé sur le projet de loi n° 845 relatif à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, in J. A. Bénisti, rapport supplémentaire n° 1766 sur le projet de loi (n° 845) précité, Assemblée nationale, 17 juin 2009, pp. 127-128. Cet amendement visait à autoriser le Gouvernement à adopter, par voie d'ordonnance de l'article 38, des mesures relatives à la justice administrative, parmi lesquelles : « *l'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles* ».

²⁴³⁹ Voir l'intervention de Marcel Waline au sein du Comité consultatif constitutionnel, à l'occasion de la séance du 5 août 1958. In DPS, vol. II, *op. cit.*, p. 166.

requêtes et les auditeurs peuvent être affectés soit à une, soit à deux sections ». L'article R. 121-5 du même code ajoute que : « *L'affectation d'un membre... à une section administrative comporte, outre sa contribution aux travaux de cette formation, sa participation à l'exercice d'activités administratives visées* » aux articles L. 137-1 et R. 137-1 à 3. Mais cette participation, que l'article R. 137-1 requalifie en simple « possibilité », reste subordonnée à la condition que : « *ces activités soient compatibles avec (les) fonctions (des membres concernés) au sein du Conseil d'Etat et qu'ils aient préalablement l'agrément du vice-président* ». Ainsi, le membre « ordinaire » du Conseil d'Etat qui se trouve à la fois affecté à la Section du contentieux et à une section administrative, peut-être amené à cumuler des fonctions juridictionnelles, des fonctions consultatives au sein de l'Institution, et d'autres fonctions administratives compatibles en dehors.

Malgré cette « dualité » ou « tripartite » de compétences qui ne concerne pas, au demeurant, tous les membres du Conseil d'Etat, il ne semble pas que l'obstacle invoqué par le Professeur Waline soit aussi inexpugnable qu'en 1958. Une comparaison avec la situation des autres corps de « magistrats » de l'ordre administratif, paraît admettre la reconnaissance d'une inamovibilité dans les fonctions juridictionnelles, voire, par extension, dans les fonctions consultatives. Mieux encore, ces dernières semblent elles-mêmes pouvoir justifier, par leur nature, le bénéfice d'une garantie d'indépendance et d'impartialité telle que l'inamovibilité.

587. Une première solution, tirée de la situation des membres du corps des tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel, consisterait à garantir le bénéfice de l'inamovibilité aux membres du Conseil d'Etat, à raison de leurs fonctions juridictionnelles. En effet, l'article L. 231-3 du code de justice administrative admet bien que les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratifs sont en substance inamovibles : « *Lorsqu'ils exercent leurs fonctions de magistrats dans une juridiction administrative* ». Or, bien qu'inamovibles, les membres de ce corps ont, comme les membres du Conseil d'Etat, vocation à pouvoir cumuler des fonctions administratives à leurs fonctions juridictionnelles. L'article 10 de la loi du 6 janvier 1986, laquelle est à l'origine de l'article L. 231-3 évoqué ci-dessus, avait ainsi prévu que : « *Indépendamment des fonctions juridictionnelles qui leurs sont confiées, les membres des tribunaux administratifs peuvent être appelés, avec l'accord du président du tribunal administratif, à exercer certaines fonctions administratives dans les conditions définies par les lois et décrets* ». La lecture des travaux préparatoires à cette disposition, qu'il s'agisse de ceux de l'Assemblée nationale ou du Sénat, montre cependant que ces attributions administratives ne recouvraient pas les fonctions consultatives. Dans l'esprit des rédacteurs de ce texte, il ne s'agissait pourtant pas là d'un oubli. Ceux-ci étaient parfaitement conscients, et n'ont pas manqué de le

rappeler à plusieurs reprises dans leurs travaux, de la compétence consultative historique des tribunaux administratifs et de leurs prédécesseurs. Seulement, au moment de la rédaction de la loi, ces fonctions figuraient déjà au rang des « *attributions propres des tribunaux administratifs* » prévues par le code des tribunaux administratifs, tandis les « *attributions individuelles des membres des tribunaux administratifs* » étaient régies par le décret statutaire du 12 mars 1975²⁴⁴⁰ auquel venait se substituer la loi de 1986. De fait, l'article R. 242 du code des tribunaux administratifs alors en vigueur, prévoyait que : « *les tribunaux administratifs peuvent être appelés à donner leur avis...* », et l'article suivant précisait que : « *Le tribunal exerce ses attributions administratives (consultatives) dans une formation collégiale comprenant la juridiction ou le magistrat qu'il délègue à cet effet et au moins deux membres...* ». Au final, les membres des tribunaux administratifs se trouvaient donc déjà en 1986, dans une situation de cumul d'activités juridictionnelles et administratives, comparable à celle des membres du Conseil d'Etat. Certes, il est vrai que volume des fonctions consultatives incombant aux premiers, était et reste, très inférieure à celui qui pèse sur les seconds²⁴⁴¹. Mais à l'inverse, faute de répartir les membres des tribunaux administratif et des cours administratives d'appel entre des sections administratives et contentieuses, comme c'est le cas au Conseil d'Etat, force est de constater qu'ils cumulent tous automatiquement des fonctions juridictionnelles et consultatives.

Dans ces conditions, les membres du Conseil d'Etat pourraient très bien se voir accorder l'inamovibilité à raison de leurs fonctions juridictionnelles, malgré l'exercice concomitant d'attributions administratives. Reste que l'article L. 231-3 du code de justice administratif entretient une ambiguïté que peinent à résoudre les textes, les travaux parlementaires, la jurisprudence et la doctrine, quant aux fonctions exactement couvertes par cette garantie. En effet, cette disposition n'indique pas expressément que les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont inamovibles lorsqu'ils exercent des fonctions juridictionnelles, mais, de manière bien plus lacunaire, lorsqu'ils exercent leurs fonctions de : « *magistrats dans une juridiction administrative* ». La question est alors de savoir ce que recouvre précisément cette notion. De façon certaine, elle inclut les fonctions juridictionnelles. Dans son rapport sur la future loi

²⁴⁴⁰ Décret n° 75-164 portant statut particulier des membres des tribunaux administratifs, JO, pp. 2908 et s.

²⁴⁴¹ Lire à ce propos, les remarques qui ont conduit la Commission des lois du Sénat à supprimer une disposition introduite par le Gouvernement, sur la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, et destinée à permettre l'expérimentation d'une fonction consultative des juridictions administratives auprès des collectivités territoriales. Voir : B. Saugey, rapport n° 20 fait au nom de la Commission des lois sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale sus-évoquée, t. 1, Sénat, 6 octobre 2010, pp. 104-106.

du 6 janvier 1986, le Sénateur Thyraud estimait ainsi que : « *les membres des tribunaux administratifs, lorsqu'ils exercent leurs fonctions juridictionnelles, peuvent être assimilés à des magistrats* »²⁴⁴². Il confirmait en cela une opinion admise avant lui, aussi bien par la Cour de cassation dans son arrêt « *Penciolelli* » du 22 avril 1958²⁴⁴³, que par le Comité consultatif constitutionnel dans sa séance du 5 août 1958²⁴⁴⁴, ou encore par les statuts successifs des membres de tribunaux administratifs depuis le décret du 30 décembre 1963²⁴⁴⁵. A l'inverse, cette notion exclut de manière tout aussi certaine les fonctions administratives exercées en dehors d'une juridiction administrative. Sur ce point, la rédaction de l'article 1^{er} du décret statutaire du 12 mars 1975 paraissait écarter toute ambiguïté. Alors que son premier alinéa prévoyait que les membres des tribunaux exercent leurs « *fonctions de magistrats au sein de ces juridictions* », l'alinéa suivant ajoutait qu'ils pouvaient, « *en outre, exercer certaines fonctions administratives dans les conditions définies aux articles R. 212 et R. 213 du code des tribunaux administratifs* ». Or, cette dernière catégorie d'attributions correspondait précisément à celles qui devaient être ultérieurement visées par l'article 10 de la loi du 6 janvier 1986. Les travaux parlementaires sur ce texte sont d'ailleurs venus confirmer cette lecture *a contrario*²⁴⁴⁶, le rapporteur sénatorial prenant même soin de préciser, à l'occasion de l'examen du futur article 10, que : « *Dans le cadre de ces activités, les membres des tribunaux administratifs ne sont pas inamovibles* »²⁴⁴⁷. En revanche, le doute paraît subsister s'agissant des fonctions consultatives exercées en juridiction. Cette question n'a pas été explicitement tranchée lors des travaux préparatoires à la loi du 6 janvier 1986, ni, semble-t-il, ultérieurement. Les mêmes affirmations semblent se répéter inlassablement. Oui, les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel exercent incontestablement des fonctions de magistrats et sont inamovibles lorsqu'ils assurent des attributions juridictionnelles dans une juridiction administrative. Non, ils n'exercent pas de telles fonctions et ne sont pas

²⁴⁴² J. Thyraud, rapport n° 237..., *op. cit.*, p. 7.

²⁴⁴³ C.cass., Civ., arrêt du 22 avril 1958, « *Penciolelli c/Procureur général de Paris* », Bulletin civil, 1958.I.156, n° 198.

²⁴⁴⁴ Le Professeur Waline affirmait explicitement en ce sens, lors du débat sur la reconnaissance d'une inamovibilité constitutionnelle aux membres des juridictions administratives : « *En théorie, la position développée par M. le président Dejean paraît s'imposer. Les magistrats qui jugent les procès administratifs sont bien des magistrats* ». Voir : DPS, vol. II, *op. cit.*, p. 166.

²⁴⁴⁵ Décrets du 30 décembre 1963 et du 12 mars 1975.

²⁴⁴⁶ Intervention à la tribune du rapporteur J.-F. Hory, Compte rendu intégral, Assemblée nationale, Séance du 2 décembre 1985, pp. 5119-5120 ; J.-F. Hory, rapport n° 3126..., *op. cit.*, pp. 28-29 ; J. Thyraud, rapport n° 237..., *op. cit.*, pp. 16, 25-26

²⁴⁴⁷ J. Thyraud, rapport n° 237..., *op. cit.*, p. 26.

inamovibles quand ils accomplissent des fonctions administratives en dehors d'une juridiction administrative. Mais il n'est jamais explicitement soutenu qu'ils n'assument pas des fonctions de magistrats et qu'ils ne bénéficient pas de l'inamovibilité lorsqu'ils participent aux fonctions consultatives au sein d'une juridiction. Au final, il semble que deux conceptions de l'article L. 231-3 du code de justice administrative puissent être défendues en droit positif, et qu'elles puissent toutes les deux être transposées aux membres du Conseil d'Etat. La lecture restrictive, qui consisterait à reconnaître l'inamovibilité de ces derniers dans les seules fonctions juridictionnelles, serait sans doute la plus raisonnable. Néanmoins, il faut bien admettre que l'approche extensive, consistant à accepter un glissement du bénéfice de l'inamovibilité, des fonctions juridictionnelles vers les fonctions consultatives, ne revêtirait pas un caractère véritablement « révolutionnaire » dans l'ordre administratif. En effet, et pour conclure sur cette première hypothèse, il n'est pas inutile de rappeler que les magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales de comptes, d'abord inamovibles dans leurs fonctions juridictionnelles, le sont automatiquement devenus par « ricochet » dans leurs fonctions consultatives.

588. Une solution complémentaire, inspirée de la situation actuelle des membres des corps de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes, serait de justifier l'octroi de l'inamovibilité aux membres du Conseil d'Etat, y compris dans leurs fonctions consultatives, en raison de la proximité juridictionnelle de ces dernières. En effet, l'idée que les membres du Conseil d'Etat puissent bénéficier d'une inamovibilité par « ricochet » dans leurs fonctions consultatives, pose un problème de légitimité. Ainsi que cela a déjà été noté, les attributions consultatives de cette institution sont sans commune mesure avec celles prises en charge par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. Mais si elles sont en revanche assez comparables à celles dévolues à la Cour des comptes, la qualité de magistrats et l'inamovibilité des membres de cet organe tiennent cependant à des raisons historiques qui ne trouvent pas d'équivalent au niveau du Conseil d'Etat²⁴⁴⁸. Un fondement plus en rapport avec les particularités du Conseil d'Etat, supposerait donc d'être recherché. Or, un principe jurisprudentiel dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 juillet 2001, « *Loi organique relative aux lois de finances* »²⁴⁴⁹, paraît apporter un élément d'investigation en ce sens. L'Hôte de la rue de Montpensier a, à cette occasion, adopté vis-à-vis de la Cour des comptes une application extensive du principe fondamental reconnu par les lois de la Républiques d'indépendance des juridictions administratives. Plus précisément,

²⁴⁴⁸ Cf. Partie II, titre I, chapitre 2 de la thèse.

²⁴⁴⁹ CC, décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, « *Loi organique relative aux lois de finances* ».

il a jugé que ce principe devait bénéficier à la Cour des comptes, non seulement dans ses missions accomplies en qualité de « *juridiction administrative* », mais également dans celles de ses missions qui, bien que dépourvues de « *caractère juridictionnel* », sont néanmoins susceptibles de « *révéler des irrégularités appelant la mise en œuvre d'une procédure juridictionnelle* »²⁴⁵⁰. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a en quelque sorte estimé que, dans le cadre du dualisme fonctionnel de la haute institution financière, ses fonctions consultatives constituaient un complément indispensable de ses attributions juridictionnelles, ou, tout du moins, que les modalités d'exercice des premières constituaient une condition tout aussi indispensable du bon accomplissement des secondes. C'est pourquoi, il a pu en déduire que son statut d'indépendance de la Cour des comptes devait être apprécié dans l'accomplissement de ses fonctions consultatives, non pas au regard de l'indépendance requise par l'institution envisagée comme organe de conseil, mais à la lumière de celle requise en sa qualité de « *juridiction administrative* ».

Un raisonnement analogue pourrait, semble-t-il, assez raisonnablement être appliqué au Conseil d'Etat. Ce dernier est caractérisé par une même dualité fonctionnelle que la Cour des comptes, et les attributions consultatives qu'il assume, tant auprès du Gouvernement que du Parlement, sont de nature à « *révéler* » des illégalités « *appelant la mise en œuvre d'une procédure juridictionnelle* ». Les nombreux arrêts rendus par le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme, à propos des relations entre l'impartialité et le cumul de fonctions consultatives et juridictionnelles, soulignent d'ailleurs avec force l'influence que peuvent avoir les modalités d'exercice des premières sur les deuxièmes. Ainsi, avant que l'exigence d'impartialité ne prenne la dimension « médiatique » qu'elle possède aujourd'hui, une plus faible confiance dans l'indépendance consultative du Conseil d'Etat vis-à-vis du Pouvoir politique, avait pu conforter une prise de distance des formations contentieuses à l'égard des avis des formations administratives. Ayant relevé l'existence d'un avis de l'Assemblée générale sur la question pendant au contentieux, le Commissaire du gouvernement Gauvain devait par exemple, dans ses conclusions sur l'arrêt « *Sailhol* » du 1^{er} février 1889, opiner en ce sens devant ses pairs : « *la question qui vous est actuellement soumise est entière ; elle n'a pas été préjugée dans aucune mesure par l'avis du 26 avril 1883. Cet avis, devant nous, n'est autre chose qu'un élément de discussion. Nous l'apprécions...librement. En agissant ainsi, nous ne ferons que nous conformer à la loi (du 24 mai 1872) qui ne nous permet pas d'autre attitude* »²⁴⁵¹. A l'inverse, au moment où cette exigence

²⁴⁵⁰ *Ibid.*, cons. 106.

²⁴⁵¹ P. Gauvain, Conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 1^{er} février 1889, « *Sailhol* », S. 1891.3.9.

d'impartialité a atteint son paroxysme, la crainte qu'une même institution ne puisse connaître au contentieux, d'une question ayant préalablement fait l'objet d'un avis rendu selon les vues du Pouvoir, a pu justifier une solution telle que celle adoptée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 juillet 2001. En l'occurrence, le Conseil d'Etat avait effectivement, un an auparavant, jugé irrégulière la décision juridictionnelle rendue par la Cour des comptes sur une affaire qu'elle avait précédemment évoquée dans son rapport public. Pour en revenir à l'objet de la présente étude, il est intéressant de souligner que cette jurisprudence du Conseil constitutionnel permet de donner un nouveau fondement à l'inamovibilité singulière des membres de la Cour des comptes et, par répercussion, des membres des chambres régionales de comptes. Mais elle a surtout le mérite, parce qu'elle passe par un principe fondamental reconnu par les lois de la République tiré de la loi du 24 mai 1872, de justifier, *in fine*, que les membres du Conseil d'Etat puissent bénéficier de garanties analogues dans leurs fonctions juridictionnelles et consultatives.

589. Une troisième solution, complémentaire de la première et alternative à la précédente, consiste à s'interroger sur le statut d'indépendance qu'impliquent logiquement les fonctions consultatives d'une institution telle que le Conseil d'Etat. En effet, il serait paradoxal de vouloir refuser l'inamovibilité à ses membres, au motif qu'ils cumulent de telles fonctions, s'il devait s'avérer au final, que celles-ci requièrent objectivement les mêmes garanties d'indépendance que celles reconnues pour les fonctions juridictionnelles. Il ne s'agit pas forcément de consacrer de longs développements à cette question, mais quelques remarques mériteraient semble-t-il d'être émises. Ainsi convient-il de rappeler qu'en France, existe un lien organique tenu entre les attributions consultatives et juridictionnelles, les premières précèdent historiquement les secondes. Avant de passer à la postérité sous le nom de « magistrats » dans l'exercice des fonctions juridictionnelles, les membres des parlements et des cours des comptes de l'Ancien Régime s'étaient d'abord singularisés dans l'exercice d'attributions consultatives, au sein de la *Curia regis*, sous l'appellation de « *magistri* ». Par là, il fallait comprendre : « *maîtres de la Cour* »²⁴⁵², c'est-à-dire des « *professionnels spécialisés dans la science du droit* »²⁴⁵³. Loin des seigneurs temporels, ils avaient vocation à devenir des « *chevaliers d'une milice sans armes* », des « *chevaliers ès lois* »²⁴⁵⁴. Leurs fonctions se voulaient à proprement parler « apolitiques », le droit étant alors perçu comme : « *un savoir faire savant, une activité spécialisée ayant pour seul objet de découvrir*

²⁴⁵² J. Hautebert, *Magistrat*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, 3^e éd., 2010, p. 980.

²⁴⁵³ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 15.

²⁴⁵⁴ J. Krynen, *L'idéologie...*, *op. cit.*, p. 50.

dans chaque espèce la solution juste(,)...de discerner le bon et l'équitable »²⁴⁵⁵. Bien que jugées nécessaires à l'exercice de celui-ci, elles figuraient le contraire du pouvoir de commandement détenu par le monarque. Comme le souligne le Professeur Krynen : « (les) légistes de l'empereur romain-germanique (notaient) incidemment, mais répétitivement, que « l'on trouvera rarement un prince qui soit juriste »...Et il (était) encore moins question de lui reconnaître, honoris causa, un doctorat en droit »²⁴⁵⁶.

Plusieurs siècles plus tard, il est intéressant de relever que le Conseil d'Etat a pu accéder au rang de juridiction indépendante sur le plan juridictionnel, en grande partie parce qu'il avait su adopter une conception juridique de ses fonctions consultatives. Pour le Conseil d'Etat, rendre un avis, c'est rappeler objectivement le droit et les conditions de son respect. D'ailleurs, à la fin des années 1870, si lors d'un brusque échange avec le Conseiller d'Etat Laferrière, le Président du Conseil Gambetta avait pu se plaindre « *des légistes, des commentaires et des commentateurs* », le premier avait justement pu lui rappeler qu'il s'était au contraire félicité de leur présence quand il se trouvait « *dans l'opposition* »²⁴⁵⁷. Le fait est que la mise en place d'un organe consultatif auprès d'une autorité politique serait inutile, si la seconde escomptait obligatoirement du premier qu'il rende des avis épousant ses vues. La fonction de conseil a cela de commun avec la fonction de juger que, pour déployer toute son utilité, elle doit pouvoir s'exercer de manière indépendante et impartiale. Et cette analogie ne paraît pas totalement incongrue dans un système, tel que celui de la France, où la grande majorité de ceux qui exercent la fonction juridictionnelle à titre professionnel, restent désignés sous le nom de « conseiller »²⁴⁵⁸. Pour en arriver à la conclusion, il s'agit sans doute ici d'un argument qui devrait pouvoir être examiné, pour accorder l'inamovibilité aux membres du corps du Conseil d'Etat, à raison de la dualité fonctionnelle de cette dernière institution.

2°) Un impératif de cohérence juridique en droit comparé

590. Dans leur requête transmise au Conseil constitutionnel et dirigée contre le projet de loi de simplification et d'amélioration de la qualité de la loi, devenu la loi

²⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 52.

²⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 55.

²⁴⁵⁷ Cités par P. Cambon, *Correspondance...*, *op. cit.*, pp. 143-144.

²⁴⁵⁸ Il en va ainsi des membres des cours d'appel, de la Cour de cassation, des chambres régionales des comptes, de la Cour des comptes, des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ainsi que du Conseil d'Etat.

du 17 mai 2011, les requérants sénatoriaux ont indirectement été conduits à dénoncer l'absence d'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat, au regard du droit européen²⁴⁵⁹. Les auteurs de la saisine ont en effet, à l'occasion d'une critique des dispositions du code de justice administrative relatives au recrutement de ces membres, regretté que l'indépendance de ces derniers soit « *moins liée à leur statut législatif, qu'à la pratique* ». Prenant soin de rappeler l'acceptation de l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat par la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt « *Sacilor Lormines c. France* » du 9 février 2007, les requérants ont toutefois estimé que par cette position : « *Il ne fait...aucun doute que la Cour a fait preuve d'une bienveillante tolérance à l'égard de notre tradition républicaine* ». Ce faisant, ils ont mis en exergue la fragilité d'une telle situation, la « *tolérance* » évoquée étant subordonnée à une interprétation inchangée de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, comme l'a elle-même jugé la Cour européenne dans l'affaire « *Kress c. France* » du 7 janvier 2001, la Convention : « *est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vies actuelles et des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques* ». Il importe donc peu que des institutions « *existent depuis plus d'un siècle et fonctionnent...à la satisfaction de tous* », pour voir leur pérennité assurée, dès lors que leur statut juridique devient incompatible avec les « *règles actuelles du droit européen* »²⁴⁶⁰.

Dans ce contexte, si les limites à la tolérance européenne vis-à-vis de l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat, sont conditionnées par l'état des conceptions en vigueur au sein des Etats démocratiques, il semble opportun de s'intéresser à celles-ci dans le cadre de la présente étude. Cette question revêt d'ailleurs une acuité particulière puisque, au-delà des limites de comparaison tenant à la disparité des systèmes juridiques, la justice administrative émerge comme une réalité de plus en plus concrète en Europe et dans le monde, ainsi que l'illustrent le plein essor d'organisations telles que l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA Europe) et l'Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA). Or, à l'échelle de ce cadre étendu, la garantie de l'inamovibilité paraît prospérer aussi bien dans les Etats dont les juridictions administratives relèvent d'une juridiction suprême unique, qu'au sein de ceux dans lesquels ces juridictions forment un organe juridictionnel autonome, voire, cumulent des fonctions consultatives au-delà de leurs attributions contentieuses.

²⁴⁵⁹ Soixante sénateurs, Saisine du Conseil constitutionnel concernant le projet de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, p. 2. Voir le dossier sur CC, décision n° 2011-629 DC du 12 mai 2011, www.conseil-constitutionnel.fr.

²⁴⁶⁰ CEDH, arrêt du 7 janvier 2001, « *Kress c. France* », Req. N° 39594/98, § 70.

591. De façon générale, les différents travaux effectués sur le sujet s'accordent pour reconnaître que l'inamovibilité, de fait ou de droit, constitue le principe. Dans son étude de 2007 sur *La justice administrative en Europe*, l'Observatoire des mutations institutionnelles et juridique (OMIJ) affirmait que : « *L'inamovibilité est majoritairement accordée aux magistrats (administratifs)* »²⁴⁶¹. L'année suivante, à l'occasion d'un article plus précisément consacré au *Statut des juges de l'administration* en Europe, le Professeur Dumont abondait dans le même sens, indiquant que : « *presque universellement, les magistrats...sont inamovibles* ». L'auteur prenait cependant soin d'excepter les juges dont « *cette fonction (n')est (pas) le métier exclusif... (et) qui ne sont alors membres de la juridiction que pour une durée limitée* »²⁴⁶². Des conclusions assez analogues ressortent du rapport général présenté à l'issue du Neuvième congrès de l'AIHJA qui, tenu en 2007, avait lui aussi porté sur *Le statut des magistrats administratifs*. Opérant la synthèse des contributions apportées par quarante-quatre pays du globe, ce texte a pris soin de constater que : « *Au premier rang des garanties communes à tous les pays, figure, comme conséquence directe de l'indépendance des magistrats administratifs, le principe d'inamovibilité* ». Puis, à l'occasion de développements ultérieurs, il est encore venu ajouter que : « *Ce principe formel est accompagné dans de nombreux pays de garanties matérielles qui en sont la conséquence naturelle* »²⁴⁶³.

592. De manière plus ponctuelle, force est de relever que l'essentiel des grandes démocraties qui disposent au minimum d'une juridiction administrative formant un organe juridictionnel autonome, voient l'inamovibilité de leurs membres consacrée directement par la Constitution. C'est ainsi qu'en Allemagne, où la juridiction administrative constitue l'une des cinq branches du système juridictionnel, l'inamovibilité des juges administratifs se trouve prévue par l'article 97 (2) de la Loi fondamentale du 23 mai 1949. Ils bénéficient dès lors, à l'échelon constitutionnel, de la même garantie que celle reconnue au juge judiciaire, et qui dispose dans sa première phrase que : « *Les juges nommés définitivement à titre principal dans un emploi permanent ne peuvent, avant même l'expiration de leurs fonctions et contre leur gré, être révoqués, suspendus définitivement ou temporairement de leurs fonctions, mutés à un autre emploi ou mis à la retraite qu'en vertu d'une décision de justice, et uniquement pour les motifs et dans les*

²⁴⁶¹ OMIJ, *La justice administrative en Europe*, PUF, Droit et justice, Paris, 1^{ère} éd., 2007, p. 42.

²⁴⁶² G. Dumont, *Le statut des juges de l'administration*, in *La justice administrative en Europe*, Dossier spécial, RFDA, mars-avril 2008, p. 264.

²⁴⁶³ Conseil d'Etat de la Thaïlande, Rapport général, in AIHJA, *Le statut des magistrats administratifs*, 9^{ème} Congrès de l'AIHJA, Bangkok, 24 novembre 2007, p. 22.

formes prévues par la loi »²⁴⁶⁴. De même en Espagne, où la justice administrative correspond à l'un des quatre ordres de juridiction, l'inamovibilité des juges et des magistrats administratifs résulte des articles 117 (1) et (2) de la Constitution du 27 décembre 1978. Ici encore, la protection constitutionnelle est analogue à celle accordée au juge et au magistrat civil et pénal, à savoir qu'ils : « *ne pourront être destitués, suspendus, transférés ou mis à la retraite que pour l'une des causes et avec les garanties prévues par la loi* ». Cette protection se trouve d'ailleurs rehaussée par le fait que les juges et les magistrats administratifs relèvent, à l'instar des membres des autres catégories judiciaires, du Conseil général du pouvoir judiciaire que l'article L. 122 (2) de la Constitution qualifie d'« *organe de gouvernement* » de ce pouvoir judiciaire²⁴⁶⁵.

Mais, et pour s'intéresser à des modèles de justice administrative plus proches de celui de la France, il ressort qu'une inamovibilité constitutionnelle ou législative est également admise dans des pays caractérisés par un dualisme fonctionnel. Tel est le cas de la Grèce qui dispose pourtant d'un Conseil d'Etat fortement inspiré de l'exemple français. L'inamovibilité des magistrats administratifs et de membres du Conseil d'Etat est prévue par les articles 88, 90 et 91 de la Constitution du 11 juin 1975. L'article 88 (1) dispose que : « *Les magistrats sont nommés à vie* ». L'Article 88 (4) prévoit que : « *Les magistrats ne peuvent être révoqués ou licenciés qu'en vertu d'une décision juridictionnelle* ». Enfin l'article 90 (1) précise que : « *Les avancements, affectations, mutations, détachements et mutations de cadre des magistrats sont effectués par décret présidentiel après décision...(du) conseil judiciaire supérieur du Conseil d'Etat et de la juridiction administrative* ». Or, en évoquant les fonctions consultatives du Conseil d'Etat dans un article 95 énonçant les compétences juridictionnelles de celui-ci, et inséré dans un chapitre sur l'organisation et la juridiction des tribunaux, la Constitution paraît bien étendre le bénéfice de l'inamovibilité à ces premières attributions²⁴⁶⁶. De la même manière, l'Italie, qui possède pourtant elle aussi un Conseil d'Etat inspiré du modèle hexagonal, reconnaît le bénéfice de l'inamovibilité aux membres de sa magistrature administrative. Mais à la différence des trois pays précités, cette garantie résulte de la loi et non de la Constitution. L'article 24 de la loi n° 186 du 27 avril 1982 dispose en

²⁴⁶⁴ M. Groepper, Rapport national pour la Cour administrative fédérale d'Allemagne, in AIHJA, *Le statut des magistrats...*, *op. cit.*, pp. 1-2 et 11-12.

²⁴⁶⁵ Rapport national pour le Tribunal suprême du Royaume d'Espagne, in AIHJA, *Le statut des magistrats...*, *op. cit.*, pp. 1 et 8 ; P. Bon, *Indépendants et responsables ? Note sur la situation constitutionnelle des juges espagnols*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 14, 2003, pp. 90-91 et 93-94.

²⁴⁶⁶ Rapport national pour le Conseil d'Etat de la République grecque, in AIHJA, *Le statut des magistrats...*, *op. cit.*, pp. 1 et 7 ; E. Spiliotopoulos, *Grèce*, in T. S. Renoux (dir.), *Le statut constitutionnel des juges...*, *op. cit.*, pp. 250-252.

ce sens que les membres de cette magistrature ne peuvent être exclus, suspendus de leurs fonctions ou faire l'objet d'une mutation, à moins que cela ait été décidé ou autorisé par le Conseil de présidence de la magistrature administrative italienne²⁴⁶⁷. L'intérêt que peut représenter le système italien pour l'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat français, ne saurait toutefois être minoré. En effet, l'article 100 de la Constitution du 27 décembre 1947, après avoir prévu que : « *Le Conseil d'Etat est un organe de consultation en matière juridique et administrative, et un organe chargé d'assurer la justice au sein de l'Administration* », ajoute que : « *La loi assure l'indépendance de (cette) institution et de (ses) membres à l'égard du Gouvernement* ». Ce faisant, et sachant qu'elle traite aussi de la Cour des comptes dans sa dualité fonctionnelle, cette disposition est de nature à fonder l'octroi de l'inamovibilité aux membres du Conseil d'Etat, y compris dans leurs fonctions consultatives.

B . Une inamovibilité constitutionnelle pour l'ensemble des juges de carrière

593. Les magistrats du siège de l'ordre judiciaire demeurent à l'heure actuelle, le seul corps de « magistrats » de carrière à voir leur inamovibilité bénéficier d'une assise constitutionnelle. Cet état du droit alimente sans nul doute cette image, sus-évoquée, d'un Pouvoir politique soucieux de prévenir l'émergence d'un « pouvoir judiciaire ». Mais il nuit surtout à la cohérence matérielle de l'inamovibilité (1°) et à l'homogénéité de sa défense (2°).

1°) Un principe d'inamovibilité commun à tous les juges de carrière

594. Il serait sans doute excessif de vouloir promouvoir une inamovibilité identique pour tous les juges de carrière, et plus précisément de chercher à assurer une telle uniformité formelle depuis la Constitution jusqu'au plus petit détail réglementaire. En effet, comme a pu l'affirmer avec justesse le Juge canadien Gonthier, à propos de la problématique de l'indépendance des tribunaux administratifs québécois, il n'est pas nécessaire que ceux-ci bénéficient littéralement des mêmes garanties que celles reconnues relativement à l'indépendance judiciaire, dès lors que cela ne nuit pas à la perception raisonnable de leur impartialité²⁴⁶⁸. Cette opinion de bon sens, s'agissant d'une indépendance présentée comme une « *garantie*

²⁴⁶⁷ Rapport national pour le Conseil d'Etat de la République italienne, in AIHJA, *Le statut des magistrats...*, op. cit., pp. 1 et 4-6.

²⁴⁶⁸ Cour suprême du Canada, arrêt du 21 novembre 1996, « *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)* », [1996] 3 R.C.S. 919, § 45 et 62-63.

de l'impartialité »²⁴⁶⁹, pourrait très bien être transposée au cas français, et rejoint d'une certaine façon la tolérance dont fait preuve la Cour européenne des droits de l'homme vis-à-vis de l'indépendance *sui generis* du Conseil d'Etat. Une telle approche va ainsi autoriser la reconnaissance d'une certaine latitude quant au niveau d'indépendance judiciaire requis, tenant compte à la fois : « *de la nature du tribunal, [des fonctions (qu'il remplit,)] des intérêts en jeu et des autres signes indicatifs de l'indépendance* »²⁴⁷⁰. Ce qui va en revanche importer, selon l'opinion antérieurement émise par le Juge Le Dain, c'est de préserver plus largement une « *norme de l'indépendance judiciaire... qui reflète ce qui est commun aux diverses conceptions des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire (dans le pays,) ou ce qui est au centre de ces conceptions* »²⁴⁷¹. Ainsi, comme l'a jugé par la suite le Juge Lamer : « *Bien que ces conditions (essentielles) soient susceptibles d'être appliquées avec souplesse afin de répondre aux besoins des divers tribunaux, il faut protéger l'essence de chaque condition dans tous les cas* »²⁴⁷². Le respect de cette dernière exigence est bien entendu opposable à l'inamovibilité au Canada, dont la Cour suprême reconnaît qu'elle constitue l'une des « *trois conditions judiciaires de l'indépendance judiciaire...aux fins de l'article 11 d) de la Charte canadienne des droits et libertés* ».

Ainsi que cela a été suggéré, ce raisonnement pragmatique pourrait raisonnablement être transposé à la France, caractérisée par une grande diversité des inamovibilités, de droit ou de fait, applicables aux différents corps de « magistrats ». Cependant, et c'est là que ressort le souci de voir énoncé un principe constitutionnel commun à tous ces derniers, force est de penser que l'inamovibilité, conçue comme une condition essentielle de l'indépendance juridictionnelle en France, paraît se trouver atteinte dans son essence même par une gestion non maîtrisée de cette diversité. A la différence d'autres systèmes juridiques, le droit français ne dispose pas d'un cadre de définition suffisamment transversal et déterminé de l'inamovibilité, capable de faire autorité. C'est pourquoi, laissée à l'interprétation libre et souvent concurrente d'« autorités d'interprétation » telles que les Pouvoirs exécutif et législatif, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, ou les doctrines constitutionnelle et administrative, elle tend à évoluer vers des réalités différentes, au point de cesser de correspondre à une réalité effective.

²⁴⁶⁹ *Ibid.*, § 61.

²⁴⁷⁰ *Ibid.*, § 62.

²⁴⁷¹ Cour suprême du Canada, arrêt du 19 décembre 1985, « *Valente c. Reine* » [1985] 2 R.C.S. 673, § 26.

²⁴⁷² Cour suprême du Canada, arrêt du 13 février 1992, « *La Reine c. Généreux* » [1992] 1. R.C.S. 259, p. 38.

595. Dans son intervention précitée, le Juge canadien Le Dain liait le respect de l'essence d'une condition d'indépendance telle que l'inamovibilité, à celui de « *ce qui est commun aux diverses conceptions* » de cette dernière. Or, l'une des premières difficultés dont souffre aujourd'hui l'inamovibilité en droit français, consiste justement à dresser une liste des éléments communs aux inamovibilités des différents corps de « magistrats ». En ce sens il est curieux de souligner l'attachement qu'éprouve une partie non négligeable de la doctrine administrative, à opérer une corrélation entre l'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat et leur avancement à l'ancienneté. Le développement de l'avancement à partir du XIXe siècle est en effet traditionnellement présenté, à l'encontre des magistrats judiciaires, comme une preuve de l'inutilité de leur inamovibilité²⁴⁷³. La réglementation de ce même avancement est à son tour, systématiquement porté au crédit du système de carrière, dont la mise en place a notamment conduit le Garde des Sceaux Michel Debré à assimiler cette protection à une garantie du passé en 1958²⁴⁷⁴. Au demeurant, il semble qu'aucune autorité normative, non plus qu'aucun représentant de la doctrine, n'ait jamais clairement préconisé d'intégrer l'encadrement de l'avancement dans la définition de l'inamovibilité. Il en va pourtant différemment concernant les membres du Conseil d'Etat, pour lesquels l'avancement à l'ancienneté est classiquement présenté comme un élément à part entière, si ce n'est incontournable, de la définition de leur inamovibilité de fait. Dans leur *Traité de contentieux administratif*, les Professeurs Auby et Drago paraissent ainsi opiner en ce sens lorsqu'ils écrivaient : « *L'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat pourrait...être normalement consacrée. Mais, en fait, cette consécration n'est pas nécessaire car l'inamovibilité existe de façon coutumière...Sauf malheureusement pendant les périodes exceptionnelles, (leur) inamovibilité de fait...n'a jamais été violée par aucun gouvernement. Avançant à l'ancienneté, (ils) sont, en principe, à l'abri des faveurs du pouvoir* »²⁴⁷⁵. De même, dans ses développements consacrés à la « *salle dite « des casiers* » » du Conseil d'Etat, le Professeur Latour a pu affirmer que : « *ce meuble manifeste aux yeux de tous...l'inamovibilité d'un corps de juges dont la carrière échappe à l'influence de quiconque* »²⁴⁷⁶.

²⁴⁷³ Voir par exemple : l'inamovibilité « *n'assurerait à elle seule au magistrat qu'une garantie trompeuse et insuffisante si n'avaient été aménagées des règles protectrices, notamment en ce qui concerne l'avancement* ». In J. Vincent, G. Montagnier, A. Varinard, *La justice et ses institutions*, Dalloz, Précis, Paris, 1982, p. 502.

²⁴⁷⁴ « *Nous sommes en présence d'un mythe. L'affirmation d'inamovibilité est en effet une sorte de garantie contre l'arbitraire, qui a peut-être compté à la fin du XIXe siècle, quand il n'y avait pas de carrière des fonctionnaires ni de statut de la fonction publique* ». In DPS, vol. II, p. 163.

²⁴⁷⁵ J.-M. Auby, R. Drago, *Traité de contentieux...*, t. 1, *op. cit.*, 3^e éd., 1984, pp. 252-253.

²⁴⁷⁶ B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte/Poche, Paris, 2^e éd., 2004, p. 121.

En sens inverse, il peut sembler regrettable que le droit pour un magistrat inamovible de ne pouvoir être évincé, surtout en matière disciplinaire, que par le biais d'une juridiction, ait été aussi largement éludé par le droit positif. Cette question a déjà été traitée dans le cadre de la présente étude²⁴⁷⁷, et il ne convient pas d'y revenir dans le détail. Toutefois, il faut rappeler que cette situation conduit à nier ce qui ce qui a longtemps pu apparaître comme l'élément suffisant de l'inamovibilité des magistrats judiciaires et des comptes, aussi bien dans le cadre de l'ordonnance royale du 21 octobre 1467, que dans celui des Constitutions et les lois qui se sont succédées à partir de 1791. Le refus du Constituant en 1958, d'accorder le statut de juridiction à la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature²⁴⁷⁸, et la relégation par le législateur en 2006, du Conseil supérieur de la Cour des comptes au rang d'autorité propositionnelle en matière disciplinaire, ont vidé de l'essentiel de sa substance cette inamovibilité constitutionnelle que l'article 87 de la Constitution du 4 novembre 1848, formulait encore en ces termes : « *Les juges de première instance et d'appel, les membres de la Cour de la cassation et de la Cour des comptes sont nommés à vie. Ils ne peuvent être révoqués ou suspendus que par un jugement, ni mis à la retraite que pour les causes et dans les formes prévues par la loi* ».

596. En fait, le législateur a progressivement paru s'appuyer sur une lecture réductrice de l'article 4 du Statut organique de la magistrature, pour faire glisser le cœur de l'inamovibilité vers la garantie de résidence. Cette disposition est en effet, pour rappel, ainsi rédigée : « *Les magistrats du siège sont inamovibles. – En conséquence le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle sans son consentement* ». Or, il ressort qu'à chaque fois que le législateur a volontairement entrepris, depuis 1958, d'étendre le bénéfice de l'inamovibilité à un nouveau corps de « magistrats », il s'est systématiquement contenté de viser la seule garantie de résidence. Trois exemples peuvent être présentés à l'appui. Cela a d'abord été le cas lors de la détermination du statut des membres du nouveau corps des membres des chambres régionales de comptes, par la loi du 10 juillet 1982²⁴⁷⁹. Issu de ce texte, l'actuel article L. 212-8 du code des juridictions financières dispose que : « *Les magistrats des chambres régionales des comptes sont inamovibles. En conséquence, nul magistrat...ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* ». Cela a ensuite été le cas avec l'élaboration du statut législatif des membres du corps des tribunaux

²⁴⁷⁷ Cf. Partie I, titre II, chapitre 2 de la thèse.

²⁴⁷⁸ Cf. Partie I, titre II, chapitre 1 de la thèse.

²⁴⁷⁹ Cf. Partie II, titre I, chapitre 2 de la thèse.

administratifs, par la loi du 6 janvier 1986²⁴⁸⁰. Reprenant cette dernière, l'actuel article L. 231-3 du code de justice administrative prévoit que : « *Lorsqu'ils exercent leurs fonctions de magistrat dans une juridiction administrative, les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ne peuvent recevoir, sans leur consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* ». Cela a enfin été le cas, beaucoup plus récemment, à l'occasion de la préparation du projet de réforme des juridictions financières, dont l'un des buts est de regrouper les magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes au sein d'un corps unique. Le projet d'article L. 120-1 du code des juridictions financières précise que : « *Les magistrats du siège [de la Cour des comptes] sont inamovibles. Ils ne peuvent, sans leur consentement, même en avancement, recevoir une affectation...* ».

Si ce dernier projet de réforme des juridictions financières, déposé sur le Bureau de l'Assemblée nationale le 28 octobre 2009, n'a toujours pas été inscrit à l'ordre du jour de la Chambre basse, son adoption marquerait cependant un infléchissement profond de la définition de l'inamovibilité. Deux arguments peuvent être avancés à cet égard. Premièrement, la définition proposée ne fait pas référence aux mots : « *En conséquence* », qui introduisent la formulation de la garantie de résidence dans l'article 4 alinéa 2 du Statut organique de la magistrature et dans l'article L. 212-8 du code des juridictions administratives. Ce faisant, elle supprime les termes qui ont jusqu'ici permis au Conseil constitutionnel de présenter la garantie de résidence, vis-à-vis des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, comme une « *application nécessaire* » du principe de l'inamovibilité affirmé aux articles 64 *in fine* de la Constitution et 4 alinéa 1^{er} du Statut organique²⁴⁸¹. Tant que l'inamovibilité de résidence ressort comme une « *conséquence nécessaire* »²⁴⁸², elle peut parfaitement être interprétée *a contrario* comme n'étant pas une « *suffisante* ». Mais une telle liberté pourrait semble-t-il connaître un début de remise en cause, dans l'hypothèse d'une adoption du projet étudié. Or, et il s'agit ici du second argument, cette approche évolutive du rapport entre la garantie de résidence et l'inamovibilité, paraît dessiner un mouvement circulaire partant des magistrats du siège de l'ordre judiciaire et revenant vers ces derniers. Il semble d'ailleurs que ce soit déjà le cas dans les faits. Sous l'influence d'une lecture trop partielle du Statut organique, du code des juridictions financières et du code de justice administrative, l'inamovibilité

²⁴⁸⁰ *Ibid.*

²⁴⁸¹ Cf. Partie I, titre II, chapitre 2 de la thèse.

²⁴⁸² J.-L. Debré, président du Conseil constitutionnel, *Justice et séparation des pouvoirs...*, *op. cit.*, www.conseil.constitutionnel.fr.

des magistrats du siège de l'ordre judiciaire est de plus en plus souvent communément perçue sous le seul angle de la garantie de résidence.

597. Pour revenir à l'intervention précitée du Juge Le Dain, celui-ci liait encore le respect d'une condition d'indépendance telle que l'inamovibilité, au respect de « *ce qui est au centre (des) diverses conceptions* » de cette dernière. Or, une nouvelle difficulté dont souffre aujourd'hui l'inamovibilité, tient à ce que la conception dominante de cette protection, qui repose justement sur la garantie de résidence, se trouve à son tour annihilée dans sa substance même. Les magistrats du siège de l'ordre judiciaire ont sans doute été, de ce point de vue, les plus touchés, à la fois en raison de l'importance de leur effectif et du grand nombre de juridictions judiciaires couvrant le territoire national. De fait, une certaine unanimité se dessine au sein de la doctrine, pour constater un recul de l'inamovibilité liée à la succession des lois relatives à la mobilité. En 1985, le Professeur Soler-Couteaux publiait déjà une *Contribution au déclin de l'inamovibilité des magistrats du siège*²⁴⁸³, pour souligner les infléchissements de la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel concernant les notions de « nouvelle affectation » et de « consentement préalable ». Presque vingt ans plus tard, en 2003, tirant les conséquences de l'évolution de la législation et de la jurisprudence constitutionnelle afférente, le Professeur Renoux intervenait à son tour, pour apporter un regard prospectif sur la situation. Comme l'écrivait alors l'Universitaire : « *le principe constitutionnel apparaît malmené au regard des exigences, sans cesse plus présentes, de mobilité en sorte que, sauf à trop solliciter le texte, la Constitution devrait sans délai être adaptée et clarifiée sur ce point, l'inamovibilité, règle traditionnelle d'indépendance des magistrats, étant susceptible d'interprétations trop éloignées* »²⁴⁸⁴.

Certes, ce déclin ne revêt pas la même intensité à l'égard des autres catégories de « magistrats ». De manière convenue, il n'a ainsi pas trouvé d'équivalent pour les membres du Conseil d'Etat, qui tirent en quelque sorte profit de leur faible effectif et de l'unité organique et géographique du Conseil d'Etat. En revanche, si pour les mêmes raisons, il n'a pas non plus trouvé jusqu'ici d'équivalent, vis-à-vis des magistrats de la Cour des comptes, cet état du droit pourrait cependant évoluer en cas d'adoption du projet de réforme des juridictions financières. En effet, ce texte vise à transformer la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes en une seule entité, sachant que dans le dispositif prévu, les secondes deviendraient les antennes

²⁴⁸³ P. Soler-Couteaux, *L'arrêt Pacaud...*, *op. cit.*, pp. 108-116. Voir également : D. Guihal, *L'inamovibilité des juges...*, *op. cit.*, pp. 795-804.

²⁴⁸⁴ T. S. Renoux, *Le poids de la Constitution dans les réformes de la justice*, in L. Cadiet, L. Richert (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, Droit et justice, Paris, 2003, p. 109.

de nouvelles chambres interrégionales de la Cour des comptes. Or, ainsi que cela ressort de l'étude d'impact du projet de loi, ces nouvelles chambres pourraient être établies au nombre de dix ou six, contre vingt-deux à ce jour. Dans le même temps, les magistrats des actuels corps de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes, se verraient réunis au sein d'un seul et unique corps de la Cour des comptes. Cela signifie donc concrètement qu'un magistrat issu de l'ancien corps de la Cour des comptes cesserait de relever d'une seule institution établie à Paris, comme c'est le cas aujourd'hui, mais pourrait au contraire être affecté à l'une des six ou dix chambres réparties sur le territoire national, et être déplacé d'un ressort interrégional vers un autre ressort interrégional au cours de sa carrière. Dans ces conditions, la définition de la garantie de résidence applicable à ces magistrats va jouer un rôle crucial dans leur sécurité. Or en l'occurrence, l'article 10 du projet de loi dispose que : « *Les magistrats du siège sont inamovibles. Ils ne peuvent, sans leur consentement, même en avancement, recevoir une affectation les faisant passer d'une chambre des comptes à une autre chambre ou inversement, non plus qu'une affectation entraînant un changement de résidence administrative* »²⁴⁸⁵. Cette disposition se voudrait *a priori* très protectrice, dans la mesure où la référence à la notion de « résidence administrative » signifie concrètement qu'un magistrat ne pourrait pas recevoir de nouvelle affectation, sans son consentement préalable, dès lors que ce changement le conduirait à quitter « *le territoire de la commune où se situe le service où (il) est affecté* »²⁴⁸⁶. Néanmoins et pour conclure sur ce point, force est de remarquer qu'une restriction importante serait apportée au droit positif, puisque les magistrats du parquet cesseraient d'être inamovibles et ne bénéficieraient pas, en conséquence, de la garantie de résidence sus-évoquée.

2°) Une protection de l'inamovibilité commune à tous les juges de carrière

598. Ainsi que cela a été souligné précédemment, l'inamovibilité souffre non seulement de ne pas bénéficier d'un cadre définitionnel et formel faisant autorité, mais également d'être abandonnée à la libre et concurrente interprétation d'une pluralité d'« autorités ». Or, deux constats supplémentaires paraissent devoir être formulés à l'encontre de ces dernières. D'une part, il ressort que même celles des ces « autorités d'interprétation » qui sont traditionnellement regardées comme des garants de l'indépendance juridictionnelle, et à ce titre de l'inamovibilité, n'assurent

²⁴⁸⁵ Article 10 du projet de loi n° 2001 portant réforme des juridictions financières, Assemblée nationale, 28 octobre 2009, p. 29.

²⁴⁸⁶ Article 4 1° du décret n° 90-437 du 28 mai 1990 fixant les conditions et les modalités de règlement des frais occasionnés par les changements de résidence des personnels civils sur le territoire métropolitain de la France lorsqu'ils sont à la charge des budgets de l'Etat, des établissements publics nationaux à caractère administratif et de certains organismes administratifs.

souvent qu'une protection relative de cette garantie. Faute sans doute d'être directement concernés par l'inamovibilité, et soucieux de concilier des intérêts parfois très divergents, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel semblent ainsi de plus en plus enclins à privilégier une conception restrictive de cette protection. Comme le notait par exemple Dominique Guihal, à propos de l'arrêt « *Pacaud* » du 29 juin 1983²⁴⁸⁷, le Conseil d'Etat : « *avait autrefois une conception plus haute de l'inamovibilité judiciaire, qu'exprimait le président Odent dans ses conclusions sur l'affaire Véron-Réville : l'inamovibilité « ne doit connaître ou subir aucune restriction ni directe, ni indirecte, ni dans son principe, ni dans ses conséquences nécessaires »*²⁴⁸⁸. De même, l'ancien Premier président de la Cour de cassation Guy Canivet avait-t-il pu regretter que, dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel : « *ne précise pas ce que doivent être (les) garanties (de l'inamovibilité), se contentant, selon la méthode qui est habituellement la sienne, de passer en revue les garanties prévues en l'espèce par le législateur organique »*²⁴⁸⁹. D'autre part, il ressort non seulement que ces « autorités d'interprétation » n'incluent pas les organes de protection des différents corps de « magistrats » que sont les Conseils supérieurs, mais également qu'il n'existe pas de coordination entre ces corps pour garantir une approche homogène et protectrice de l'inamovibilité. Pourtant, ces dernières années ont été ponctuées par plusieurs réformes ou projets qui, touchant à l'inamovibilité des divers corps, aurait légitimement pu justifier une consultation des Conseils supérieurs afférents et une concertation entre ceux-ci. Tel est le cas du projet de réforme des juridictions financières, qui limite le bénéfice de l'inamovibilité des membres du nouveau corps de la Cour des comptes aux magistrats du siège et donne une définition renouvelée de la garantie de résidence²⁴⁹⁰. Tel est aussi le cas du projet relatif à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, qui prévoyait de confier au Gouvernement le soin de « *préciser les conditions garantissant l'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat* » et de « *compléter le statut des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel pour consacrer leur qualité de magistrat* »²⁴⁹¹.

²⁴⁸⁷ Cf. Partie I, titre II, chapitre 2 de la thèse.

²⁴⁸⁸ D. Guihal, *L'inamovibilité des juges...*, *op. cit.*, p. 799.

²⁴⁸⁹ G. Canivet, *Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in Conseil constitutionnel, *Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit*, Dossier spécial, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 16, Paris, 2004, p. 129.

²⁴⁹⁰ Article 10 du Projet de loi n° 2001 portant réforme des juridictions financières, Assemblée nationale, 28 octobre 2009, p. 29.

²⁴⁹¹ Article 27 du projet de loi n° 845 relatif à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique. Cette disposition, adoptée le 2 juillet 2009 par l'Assemblée nationale, résulte d'un amendement gouvernemental CL 89, introduit lors de la réunion préalable de la Commission des lois.

Dans souci d'améliorer la protection de l'inamovibilité, il pourrait dès lors s'avérer opportun d'envisager la reconnaissance d'un véritable pouvoir consultatif aux Conseils supérieurs des différents corps de « magistrats ». Mieux encore, afin de préserver son essence, il pourrait se révéler tout aussi censé d'envisager une meilleure coordination entre ces Conseils.

599. En l'état du droit positif, il appert que seul le Conseil d'Etat dispose, du fait de ses attributions en matière administratives et législatives²⁴⁹², d'une compétence à la fois consultative et transversale pour connaître des projets de loi ou de règlement touchant à l'inamovibilité des divers corps de « magistrats ». Les Conseils supérieurs de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes, ainsi que le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ne jouissent pour leur part, ni d'un tel pouvoir, ni de celui d'émettre des avis sur des situations ou des événements mettant ou risquant de mettre en cause cette garantie. Le Conseil supérieur de la magistrature, enfin, a vu ses attributions de fait et de droit évoluer de façon paradoxale depuis le début des années 1990, et finalement reculer depuis 2008. Initialement, bien que le texte de la Constitution ait été silencieux à ce sujet, le Président de la République avait lui-même sollicité, le 22 décembre 1994, la tenue d'une réunion plénière du Conseil supérieur afin d'obtenir un avis sur la question de l'indépendance judiciaire relativement à l'affaire « Schuller-Halphen ». De cette pratique du Pouvoir politique, qui fut par la suite ponctuellement entretenue, est progressivement née une autre pratique. Le Conseil a à son tour pris l'habitude de siéger une fois par mois, de manière plénière, en la qualité d'« *un organe de réflexion et de coordination* »²⁴⁹³. Or, comme celui-ci l'a ultérieurement relevé : « *les Conseils supérieurs qui se sont succédé ont, à diverses reprises, (dans de cadre), pris l'initiative d'adresser spontanément au Président de la République des avis qu'ils estimaient de leur devoir d'exprimer dans l'intérêt de l'indépendance de la justice* »²⁴⁹⁴. Ce faisant, il s'est trouvé en position de pouvoir formuler une opinion sur des projets de textes ou des actions touchant à l'inamovibilité des magistrats judiciaires.

Voir : J. A. Bénisti, Rapport n° 1766 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi (n° 845) précité, Assemblée nationale, 17 juin 2009, pp. 34-35. Elle a ensuite été supprimée lors de la réunion de la Commission mixte paritaire du 8 juillet 2009. Voir : J. A. Bénisti, Député, et H. Portelli, Sénateur, rapport n° 1830/550 fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi précité, Assemblée nationale/Sénat, 8 juillet 2009, pp. 7-9.

²⁴⁹² Code de justice administrative, titre I, chapitre 2, articles L. 112-1 à 5 et R. 112-1 à 6.

²⁴⁹³ CSM, rapport annuel d'activité 1997-1998, Les éditions des Journaux officiels, Paris, p. 8.

²⁴⁹⁴ CSM, rapport annuel d'activité 2004-2005, Les éditions des Journaux officiels, Paris, p. 198.

Cependant, cette extension de compétence intervenue dans le silence des textes, a rapidement été assimilée à un « *putsch* » ou à un « *coup d'Etat institutionnel* »²⁴⁹⁵. C'est pourquoi, tandis que le Conseil invitait tout à la fois à une consécration et à un élargissement de sa compétence consultative, dans son rapport 2004-2005²⁴⁹⁶, celle-ci a au contraire été strictement encadrée à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Le nouvel article 65 alinéa 8 de la Constitution, issu de cette réforme, dispose désormais que : « *Le Conseil...se réunit en formation plénière pour répondre aux demandes d'avis formulées par le Président de la République au titre de l'article 64...(et) sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le ministre de la justice* ». Or, l'énumération de ces compétence est, selon les termes employés par le rapporteur du projet de loi organique relatif à cet article : « *exclusive de tout autre compétence* »²⁴⁹⁷.

600. Cette situation, préjudiciable pour la défense d'une garantie telle que l'inamovibilité, peut s'avérer d'autant plus surprenante qu'elle s'inscrit à rebours de l'état du droit au sein de nombreux autres Etats européens et des préconisations du Conseil de l'Europe. Dans une étude consacrée aux *Conseils de la justice en Europe*, en 2005, le Conseil supérieur de la magistrature français soulignait déjà que : « *La plupart des organismes étudiés...ont reçu expressément le pouvoir de donner des avis sur les avant-projets de dispositions générales...qui concernent la matière judiciaire au sens large, c'est-à-dire non seulement le statut des magistrats...mais aussi l'administration de la justice, l'organisation de la justice (et) le fonctionnement des tribunaux* »²⁴⁹⁸. Entrent notamment dans cette catégorie, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne et le Portugal. Il s'agit même dans certains cas, d'une compétence renforcée. C'est ainsi qu'en Belgique, les avis et les propositions du Conseil supérieur de la justice portant sur des projets de loi ayant « *une incidence sur le fonctionnement de l'organisation judiciaire* », doivent être annexés à ceux-ci lors de leur dépôt sur le Bureau d'une des deux chambres parlementaires²⁴⁹⁹. De même, en Espagne, le Conseil général du pouvoir judiciaire est tenu de rendre un rapport sur de tels textes, et les assemblées parlementaires du Royaume et des

²⁴⁹⁵ J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *Institutions judiciaires*, Dalloz, Précis, Paris, 5^e éd., 1999, p. 124.

²⁴⁹⁶ CSM, Rapport annuel d'activité 2004-2005, *op. cit.*, p. 198.

²⁴⁹⁷ P. Houillon, rapport n° 2163 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi organique (n° 1983) relatif à l'application de l'article 65 de la Constitution, Assemblée nationale, Première lecture, 16 décembre 2009, p. 69.

²⁴⁹⁸ CSM, rapport annuel d'activité 2004-2005, *op. cit.*, p. 161.

²⁴⁹⁹ Article 259 *Bis* 12 du code judiciaire.

communautés autonomes peuvent requérir la présentation d'un rapport sur les propositions de loi et amendements touchant à ces matières. Au-delà, les Conseils de la justice de plusieurs Etats bénéficient de la possibilité d'émettre, de leur propre mouvement, et autrement que sur la seule base d'un rapport annuel, des avis et des propositions relatives au fonctionnement de la justice. Il en va par exemple ainsi de la Belgique²⁵⁰⁰, de la Hongrie, de l'Italie, ou encore du Portugal.

A l'échelle plus étendue du Conseil de l'Europe, le Conseil consultatif des juges européens s'est également prononcé en faveur de l'admission de telles attributions. La Magna Carta des juges du 19 novembre 2010 proclame en ce sens, dans son neuvième principe, que : « *Le pouvoir judiciaire doit être impliqué dans toutes les décisions qui affectent l'exercice des fonctions judiciaires (organisation des tribunaux, procédures, autres législations)* »²⁵⁰¹. Trois années auparavant, dans son Avis n° 10 sur le Conseil de la justice au service de la société, la même instance prévoyait plus précisément que : « *Tout projet de texte se rapportant au statut du juge, ... et plus généralement tout projet de texte susceptible d'avoir une incidence sur ... l'indépendance des juges, ou d'aboutir à une diminution des garanties d'accès des citoyens (y compris des juges eux-mêmes) à la justice, devrait obligatoirement être soumis, avant délibération du Parlement, à l'avis du Conseil de la Justice* ». Et, ainsi que prenait soin de l'ajouter le Conseil en conclusion : « *Cette fonction consultative devrait être admise par l'ensemble des Etats et consacrée par le Conseil de l'Europe sous forme de recommandation* »²⁵⁰².

601. L'impact que pourrait revêtir l'adoption d'une telle recommandation, sur l'évolution des attributions consultatives des Conseils supérieurs français, pourrait sans doute se révéler positif. Néanmoins, aussi important que puisse être celui-ci, une étape resterait *a priori* à franchir pour préserver une garantie telle que l'inamovibilité. Celle-ci a incidemment été mise en avant par le Conseil supérieur de la magistrature, dans son étude précitée de 2005, lorsqu'il notait que beaucoup des Conseils examinés étaient : « *des Conseils supérieurs « de la justice » et pas seulement « de la magistrature* »²⁵⁰³. En effet, l'inamovibilité ne semble pouvoir être défendue efficacement dans le cadre de l'exercice des fonctions consultatives, que si l'autorité de conseil dispose d'un champ d'intervention, sinon d'une vision, couvrant

²⁵⁰⁰ Article 151 § 3 6° de la Constitution du 17 février 1994.

²⁵⁰¹ CCJE, Magna Carta (Principes fondamentaux), Conseil de l'Europe, 19 novembre 2010, Principe 9.

²⁵⁰² CCJE, Avis n° 10 (2007) sur le Conseil de la justice au service de la société, Conseil de l'Europe, 23 novembre 2007, § 87.

²⁵⁰³ CSM, rapport annuel d'activité 2004-2005, *op. cit.*, p. 161.

l'ensemble des corps de « magistrats ». Comme ont cherché à le montrer des développements précédents, il paraît illusoire qu'un de ces corps réussisse à soutenir une conception favorable de l'inamovibilité de ses membres sur le long terme, si cette garantie voit son sens et sa portée évoluer aux antipodes, au niveau des autres corps. L'idée pourrait alors être, afin de remédier à cette situation, d'envisager la mise en place d'une instance de coordination entre les différents Conseils supérieurs, ou d'institutionnaliser une assemblée plénière commune à tous les corps. Dans le prolongement de cette suggestion, une autre solution consisterait, sans qu'il soit ici question d'un quelconque « pouvoir judiciaire », d'instituer un Conseil supérieur de la justice commun aux différents ordres de juridiction²⁵⁰⁴.

SECTION 2 . Une garantie organisée dans l'intérêt de la fonction juridictionnelle

602. La constitutionnalisation de l'inamovibilité reste cependant insuffisante pour assurer la protection du magistrat bénéficiaire de cette garantie, dès lors qu'elle ne se trouve pas prolongée par un effort d'organisation de cette dernière. En effet, si comme l'écrit le Conseiller d'Etat Vigouroux : « *Le diable est dans les détails* »²⁵⁰⁵, force est de rappeler que l'inamovibilité a, bien au contraire, en droit français, constamment souffert de l'imprécision de sa définition matérielle. Les critiques dont elle a pu faire, et dont elle fait encore l'objet à cet égard, peuvent d'ailleurs sembler bien injustes. Les Professeurs Guinchard, Montagnier, Varinard et Debard, reprennent ainsi à leur compte l'opinion formulée par le Professeur Hébraud en 1959, estimant que l'inamovibilité : « *n'assurerait, à elle seule, au magistrat qu'une garantie trompeuse et insuffisante si n'avaient été aménagées des règles protectrices, notamment en ce qui concerne l'avancement et la discipline* »²⁵⁰⁶. Pourtant, sachant que l'avancement et la discipline sont de nature à entraîner l'éviction du magistrat, il aurait été judicieux de se demander si leur encadrement ne devrait pas en réalité

²⁵⁰⁴ Voir, dans le sens de la mise en place d'un « grand » ou d'un « super CSM » : T. S. renoux, *Si le grain ne meurt (à propos des droits et libertés)*, RFDC, n° 14, 1993, p. 274 ; A. Garapon, audition dans le cadre de l'élaboration du Rapport n° 930 de J. Floch fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle (n° 835) relatif au Conseil supérieur de la magistrature, Assemblée nationale, 27 mai 1998, p. 52 ; D. Salas, *Réforme de la justice ou révolution des pouvoirs ?*, Revue Esprit, juillet 1998, p. 177.

²⁵⁰⁵ C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, Praxis, Paris, 2^e éd., 2006, p. 388.

²⁵⁰⁶ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions...*, op. cit., 10e éd., 2009, p. 802.

participer de l'organisation de l'inamovibilité. La critique émise par Michel Debré en 1958, d'après laquelle : « *L'inamovibilité garantie de l'indépendance des juges n'est qu'un mythe depuis qu'on a organisé la carrière des fonctionnaires* »²⁵⁰⁷, mériterait sans doute, d'être elle aussi nuancée. De l'aveu même du Garde des Sceaux, la supériorité de la carrière tenait à ce qu'elle avait été « *organisée* ». C'est pourquoi, Pierre Bézio a pu à juste titre affirmer, dans son article de 1960 intitulé *L'inamovibilité... Un mythe ?*, qu'il : « *ne suffit pas de reconnaître l'inamovibilité. Il faut surtout l'organiser. Il est évident que si le juge ne tient pas plus de droits de l'inamovibilité que le fonctionnaire n'en tire de son statut, c'est bien un mythe. Mais cette protection fallacieuse a pour cause, non pas l'inamovibilité elle-même mais bien l'insuffisance des moyens mis en œuvre pour l'assurer* »²⁵⁰⁸.

L'organisation de l'inamovibilité, si elle est nécessaire, voit toutefois son degré d'utilité dépendre de la norme au sein de laquelle elle s'insère. Elle entretient de ce point de vue avec la constitutionnalisation de cette garantie, un rapport de réciprocité. Sur le plan de la justification, le fait que l'inamovibilité soit organisée directement par la Constitution, permet d'apporter une preuve supplémentaire, bien plus concrète, de son intégration cohérente dans le système constitutionnel. Sur le plan de la hiérarchie des normes, le fait que l'inamovibilité soit organisée à un niveau supra-législatif, qu'il soit constitutionnel ou organique, est de nature à limiter les atteintes susceptibles de lui être portées par les pouvoirs constitués. La situation des membres du Conseil d'Etat, constitue à cet égard une bonne illustration. Après qu'il ait qualifié l'inamovibilité des magistrats de « *mythe* », lors des travaux du Comité consultatif constitutionnel, Michel Debré avait ajouté : « *c'est (l')organisation de leur carrière qui a rendu inutile l'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat* »²⁵⁰⁹. Cette affirmation suppose néanmoins d'être relativisée, y compris depuis la consécration jurisprudentielle de l'indépendance constitutionnelle du Conseil d'Etat²⁵¹⁰, dans la mesure où les membres de la Haute juridiction disposent d'un statut législatif et réglementaire. Or, comme l'a souligné le Doyen Favoreu : « *le législateur peut parfaitement réorganiser complètement l'ordre juridictionnel administratif, ... en modifiant le mode de recrutement et le statut des juges administratifs, dès lors qu'il respecte les impératifs d'indépendance de la justice administrative... Certes, le Conseil constitutionnel veillerait au respect des principes*

²⁵⁰⁷ Comité consultatif constitutionnel, Séance du 5 août 1958, in DPS, vol. II, p. 163.

²⁵⁰⁸ P. Bézio, *op. cit.*, p. 1.

²⁵⁰⁹ Comité consultatif constitutionnel, Séance du 5 août 1958, in DPS, vol. II, p. 163.

²⁵¹⁰ Cf. Partie II, titre I, chapitre 2 de la thèse.

*constitutionnels ; mais ces principes ne posent que des fondements et ne déterminent pas le contenu du statut »*²⁵¹¹.

603. Cette idée d'une organisation de l'inamovibilité des magistrats au niveau constitutionnel, ne paraît heureusement pas insurmontable, et le droit comparé offre des bonnes illustrations en ce sens. C'est ainsi que l'article 97 (2) de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949, prévoit que : « *Les juges nommés définitivement à titre principal dans un emploi permanent ne peuvent, avant l'expiration de leurs fonctions et contre leur gré, être révoqués, suspendus définitivement ou temporairement de leurs fonctions, mutés à un autre emploi ou mis à la retraite qu'en vertu d'une décision de justice, et uniquement pour les motifs et dans les formes prévues par la loi* ». Cependant, il convient de rappeler que ce souci d'organisation concrète doit conduire à privilégier une approche de l'inamovibilité, consciente de la finalité qu'elle poursuit et de l'environnement qui l'entoure. Or, s'il est vrai que le degré de détermination des textes destinés à protéger les magistrats contre le risque d'éviction arbitraire, constitue, à cet effet, une garantie nécessaire, il n'en reste pas moins une protection insuffisante. Le Professeur Pizzorusso le relevait d'ailleurs en 1998, à propos des raisons qui ont présidé à la création de l'actuel Conseil supérieur de la magistrature italien : « *il est...apparu clairement...qu'il n'était pas suffisant de proclamer que le juge était soumis « seulement » à la loi. Il ne devait pas subir d'influence des autorités politiques ; ce qui ne se réaliserait pas à travers des normes législatives approuvées avec les garanties de la procédure parlementaire si le juge lui-même était soumis à des mesures administratives ou disciplinaires qui, par divers procédés pouvaient influencer son statut professionnel ou, d'une manière ou d'une autre, lui causer des préjudices économiques ou moraux* »²⁵¹². Des considérations analogues ressortent des travaux consacrés par le Conseil consultatif de juges européens, à la question de l'inamovibilité. L'Avis n° 1 de 2001 renvoie ainsi aux principes énoncés dans deux textes. Il s'agit d'une part du Principe général 1.3 de la Charte européenne sur le statut des juges, qui dispose que : « *Pour toute décision affectant la sélection, le recrutement, la nomination, le déroulement de la carrière ou la cessation de la fonction d'un juge ou d'une juge, le statut prévoit l'intervention d'une instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif au sein de laquelle siègent au moins pour moitié des juges élus par leur pairs* ». Il s'agit d'autre part du Principe VI (3) de la Recommandation n° R (94) 12 du Conseil de l'Europe, qui envisage en matière disciplinaire, comme alternative à la compétence d'un « *organe...spécial* », celle d'un « *organe judiciaire*

²⁵¹¹ L. Favoreu, *Le juge administratif...*, op. cit., pp. 122-123.

²⁵¹² A. Pizzorusso, *Italie. Les fondements constitutionnels de l'« autogouvernement » de la magistrature*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs...*, op. cit., p. 243.

supérieur ». Analysés à la lumière des systèmes français, européen et comparé, ces principes semblent dessiner un modèle d'organisation de l'inamovibilité, qui s'articule autour de deux règles principales. La première consiste en un transfert du pouvoir d'éviction au détriment du Pouvoir politique (§ 1), tandis que la seconde, condition *sine qua non* du respect de la précédente, réside dans une adaptation de ce pouvoir d'éviction, afin de le préserver des velléités de dénaturation par ce même Pouvoir politique (§ 2).

§ 1 . Un transfert du pouvoir d'éviction au détriment du Pouvoir politique

604. L'une des idées maîtresses de l'inamovibilité, est que le pouvoir d'éviction ne saurait être confié au Pouvoir politique, suspecté de pouvoir faire preuve d'arbitraire. Cependant, cette position de principe conduit paradoxalement à éluder, en partie, la question des bénéficiaires et de l'étendue de ce transfert, ainsi que celle de la corrélation entre ceux-ci. Il existe schématiquement en droit positif français, deux bénéficiaires principaux de ce pouvoir, suivant que se trouve envisagée l'inamovibilité des fonctions ou l'inamovibilité de résidence. Il s'agit dans le premier cas, d'un organe central indépendant du Pouvoir, et dans le second cas, du magistrat lui-même. Or, force est de constater que le déclin traditionnellement évoqué au préjudice de cette garantie, passe essentiellement par le second aspect²⁵¹³. La faculté qui semble donnée au magistrat, au terme d'une lecture littérale de la règle du consentement préalable, de pouvoir opposer son *veto* à une nouvelle affectation, peut naturellement être perçue comme une garantie excessive, parfois incompatible avec une logique de service public. Il en résulte alors une volonté de limiter le champ de l'inamovibilité, par crainte qu'une application trop stricte de la règle du consentement préalable, conjuguée à une utilisation arbitraire de cette dernière par le magistrat, ne vienne gripper le système juridictionnel. Dans l'intérêt commun de l'inamovibilité, du magistrat et du service public de la justice, la solution la plus appropriée paraît dès lors résider, dans une atténuation du lien existant entre cette garantie et la règle du consentement préalable, au profit d'une compétence accrue de l'organe central indépendant précité. Plus précisément, l'inamovibilité devrait reposer sur le principe d'un transfert de compétence vers une telle institution qui, indépendante à la fois du magistrat et du Pouvoir (A), favoriserait un dessaisissement plus large du pouvoir d'éviction par ce dernier (B).

²⁵¹³ Cf. Partie I, titre II, chapitre 2 de la thèse.

A . Un transfert de compétence au profit d'un organe indépendant

605. Face à la critique politique d'un « pouvoir judiciaire », l'institution centrale proposée a le mérite de pouvoir être une instance indépendante située à mi-chemin entre « *un organe interne et un organe externe* »²⁵¹⁴ à la magistrature. Pour la tranquillité du magistrat, elle a l'avantage d'être un « *tampon* » entre lui, « *d'une part, dont elle doit respecter l'indépendance, et les Pouvoirs exécutif et législatif, d'autre part* »²⁵¹⁵. Reste alors à savoir si le respect de l'inamovibilité implique que cette institution soit une véritable juridiction ou une simple autorité indépendante. Sur le plan historique, l'inamovibilité est étroitement associée à l'idée d'une protection juridictionnelle (1°), laquelle tend toutefois à se trouver complétée ou absorbée, du fait de l'essor contemporain des « Conseils supérieurs de la justice », par l'appui ou au sein d'une autorité constitutionnelle indépendante (2°).

1°) La compétence traditionnelle d'une juridiction indépendante

606. Invité à présenter le futur Conseil supérieur de la justice belge, à l'occasion de la table ronde internationale du 14 septembre 1998, consacrée aux *Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, le Professeur Delpérée faisait la remarque suivante : « *A la différence de ce qui existe en France et en Italie, il n'exerce...pas la fonction disciplinaire à l'encontre des magistrats et ce parce que la Constitution, qui n'est pas révisable sur ce point pour l'instant, dispose qu'un juge ne peut être privé de sa place ni suspendu que par un jugement* »²⁵¹⁶. De fait, lorsqu'intervint la révision de la Constitution belge, le 20 novembre suivant, afin de mettre en place le nouveau Conseil supérieur, l'exception de compétence évoquée par l'Universitaire fut effectivement maintenue. Et c'est ainsi que, en dépit de la présence actuelle d'un article 151 § 2 prévoyant l'existence : « *pour toute la Belgique d'un Conseil supérieur de la justice* », l'article 152 alinéa dispose quant à lui que : « *Aucun juge ne peut être privé de sa place ni suspendu que par un jugement* ». Cette situation, aussi surprenante qu'elle puisse paraître dans une Europe marquée par une expansion « prédatrice » des Conseils supérieurs de la magistrature, résulte pourtant d'un attachement prégnant à cette garantie traditionnelle qu'est l'inamovibilité. Cette dernière entretient en effet, il faut le rappeler, un lien ténu avec le principe de la compétence exclusive d'une juridiction en matière disciplinaire. En

²⁵¹⁴ T. S. Renoux, *Rapport général introductif*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, Actes de la table ronde internationale du 14 septembre 1998, La documentation française, Paris, 2000, p. 40.

²⁵¹⁵ *Ibid.*, 24.

²⁵¹⁶ F. Delpérée, *La nature des Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs...*, *op. cit.*, p. 40.

France, se référant implicitement à l'ordonnance royale du 21 octobre 1467, ainsi qu'aux Constitutions de la Révolution, du Consulat et du Premier Empire, la Cour de cassation l'affirmait par exemple avec clarté dans son arrêt du 10 mars 1829 : « *Attendu que ce caractère d'inamovibilité, indélébile en soi, dont sont investis ...tous les juges institués par le roi...,ils ne peuvent le perdre et en être dépouillés que par un jugement solennel* »²⁵¹⁷. Et cent-trente-deux ans plus tard, en 1961, le Professeur Eisenmann écrivait encore, dans des développements relatifs à l'inamovibilité, que : « *Dans les pays occidentaux, on ne considère l'indépendance morale du juge comme vraiment assurée que si seule une juridiction très élevée exerce ce pouvoir de révocation, pour des causes relativement déterminées* »²⁵¹⁸.

Or, force est de constater qu'à l'aube du XXI^e siècle, après une nouvelle enjambée de cinquante années, le propos du Professeur Eisenmann a conservé toute sa véracité. La compétence exclusive ou déterminante d'une juridiction reste le principe au sein des Etats d'Europe continentale. Mieux encore, elle paraît progressivement se développer dans les Etats de culture anglo-saxonne, puisque, sauf à vouloir maintenir et préconiser l'irrévocabilité de fait des juges supérieurs, elle tend progressivement à s'imposer comme la meilleure garantie contre le risque d'immixtion arbitraire du Pouvoir politique en matière disciplinaire.

607. A l'occasion de son étude précitée de 2005, sur *Les Conseils de la justice en Europe*, le Conseil supérieur de la magistrature français paraissait noter avec un certain étonnement que, s'agissant de la discipline, sur les treize pays comparés : « *seulement cinq d'entre eux (France, Bulgarie, Italie, Portugal et Roumanie) ont attribué cette compétence à un Conseil de la justice ou de la magistrature* »²⁵¹⁹. Dans les huit autres cas, cet attribut avait été confié, soit aux tribunaux et aux cours de droit commun (Pays-Bas et Pologne), soit à une juridiction ou à un organe para-juridictionnel spécifique (Danemark, Hongrie et Suède), soit encore à un système mixte reposant sur le partage de la matière disciplinaire entre plusieurs organes (Espagne, Irlande et Belgique). Au final, donc, la compétence exclusive d'une juridiction s'imposait dans cinq cas, et était admise de façon partagée dans trois autres. D'autres travaux contemporains ont également mis en exergue cette idée d'une égalité, voire d'une prépondérance de la compétence juridictionnelle pour la discipline des juges. Tel est le cas de l'intervention faite en 2006 par le Premier président de la Cour de cassation Guy Canivet, au niveau du Réseau des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, sur la

²⁵¹⁷ C.cass., arrêt du 10 mars 1829, *op. cit.*, p. 217.

²⁵¹⁸ C. Eisenmann, *La justice dans l'Etat*, *op. cit.*, p. 50.

²⁵¹⁹ CSM, rapport annuel d'activité 2004-2005, *op. cit.*, p. 136.

Discipline des juges des cours suprême. Traitant d'abord des juges des juridictions inférieures, celui-ci avait alors souligné que : « *les juridictions font assez souvent office de tribunal disciplinaire de première instance* », en citant les exemples de l'Autriche, des Pays-Bas et de la Pologne. Puis, évoquant les juges supérieurs, il relevait que : « *Dans un certain nombre de cas, l'organe qui examine les affaires disciplinaires et prononce les sanctions est la cour suprême du pays ou un organe composé de certains de ses membres* »²⁵²⁰. Une liste de douze pays se trouvait présentée à l'appui. Dans un cadre encore plus large qu'est celui du Conseil de l'Europe, le Conseil consultatif de juges européens est arrivé à cette même conclusion en 2002. Il ressort en effet des données fournies dans l'annexe à son Avis n° 3 sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels, que, sur une liste significative de vingt-et-un pays, treize voyaient la compétence disciplinaire de leurs juges dévolues, soit de manière exclusive, soit de manière partagée à une juridiction ou assimilée²⁵²¹.

Dans l'essentiel des Etats concernés, le principe de cette compétence a pour trait commun avec les règles relatives à l'existence et aux attributions principales des Conseils de la justice, de figurer directement dans le texte de la Constitution. Tel est le cas pour les Constitutions rétablies ou rédigées au lendemain ou dans les années suivant la Seconde Guerre mondiale. C'est ainsi qu'en Allemagne, l'article 97 (2) de la Loi fondamentale dispose que : « *Les juges nommés définitivement à titre principal dans un emploi permanent ne peuvent...être révoqués...qu'en vertu d'une décision de justice* ». De même, en Autriche, l'article 88 (2) de la Loi constitutionnelle prévoit que : « *Les juges ne peuvent...être révoqués...qu'en vertu d'une décision judiciaire en bonne et due forme* ». Il résulte encore de l'article 64 de la Constitution danoise, que : « *les magistrats...ne peuvent être révoqués qu'en vertu d'un jugement* ». Enfin, l'article 117 (2) de la Constitution des Pays-Bas précise que les membres du pouvoir judiciaire : « *peuvent...être...destitués par une juridiction désignée par la loi et faisant partie du pouvoir judiciaire* ». Mais cette idée d'une formulation expresse ressort, également, dans des textes constitutionnels adoptés à l'occasion des vagues de démocratisation qui ont touché l'Europe centrale et de l'est à partir des années 1980. C'est ainsi que l'article 88 (4) de la Constitution hellénique, établie après la chute du « Régime des colonels », prévoit que : « *Les magistrats ne peuvent être révoqués...qu'en vertu d'une décision juridictionnelle* ». Il est aussi

²⁵²⁰ G. Canivet, *La discipline des juges des cours suprêmes – Rapport de synthèse*, in Réseau des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, *Les relations entre la cour suprême et l'exécutif*, Colloque du Réseau à Varsovie, 12 juin 2006, www.network-presidents.eu.

²⁵²¹ CCJE, Avis n° 3 sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité, www.wcd.coe.int.

possible de citer l'exemple des Etats issus de la désagrégation du « Bloc de l'est » et de l'Union soviétique. L'article 180 (2) de la Constitution polonaise dispose en ce sens que : « *Le juge ne peut être révoqué...qu'en vertu d'une décision de justice* ». Et en Estonie, autre illustration, il découle de l'article 147 alinéa 2 de la Constitution que : « *Les juges ne peuvent être révoqués que par une décision judiciaire* ». Au-delà et pour conclure sur ce point, il convient de noter que l'affirmation par certaines Constitutions de la compétence d'un Conseil de la justice vis-à-vis des questions disciplinaires, ne fait pas forcément obstacle l'intervention d'un organe juridictionnel. Cette compétence peut, d'une part être partagée, comme l'illustre le cas espagnol. Tandis que les fautes légères relèvent des attributions de la *Sala de Gobierno* du Tribunal supérieur de justice de la communauté autonome dans le ressort duquel siège le juge ou le magistrat, les fautes plus graves sont de la compétence du Conseil général du pouvoir judiciaire²⁵²². Cette compétence peut, d'autre part être combinée, ainsi que le montre l'exemple français. Si l'article 65 de la Constitution fait figurer la discipline des magistrats du siège de l'ordre judiciaire parmi les attributions du Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil d'Etat qualifie plus précisément la formation compétente à leur égard, de juridiction, depuis son arrêt d'Assemblée « *L'Etang* » du 12 juillet 1969²⁵²³.

608. Le principe de la compétence juridictionnelle en matière disciplinaire, bien que jouissant d'un ancrage certain au sein du modèle européen continental, perdrait néanmoins de sa pertinence, à défaut de trouver un équivalent dans les systèmes de culture anglo-saxonne. Or, la présence dans ces derniers d'institutions telles que l'*Address* et l'*impeachment*, qui ne sont pas sans rappeler des mécanismes de responsabilité politique ou constitutionnelle, paraît plaider en ce sens. A cela s'ajoute le fait qu'en dehors de ces procédures, ces pays ne semblent apparemment pas dotés d'un dispositif de responsabilité disciplinaire aussi poussé et structuré que celui qui existe dans les systèmes d'Europe continentale. Il serait pourtant erroné d'en tirer une conclusion définitive. D'une part, l'*Address* et l'*impeachment* sont largement tombées en désuétude dans leur utilisation contre des juges supérieurs ou fédéraux, au sein des Etats chefs de file que sont le Royaume-Uni, le Canada, l'Australie, l'Afrique du Sud et les Etats-Unis. D'autre part, il ressort que ces pays connaissent, depuis quelques décennies, une très progressive montée en puissance d'organes ayant au moins vocation à examiner les plaintes formulées contre les juges. Si l'Australie ne semble encore posséder une telle structure au niveau fédéral, les Etats-Unis possèdent les *Judicial Councils*, le Canada dispose du *Canadian*

²⁵²² Articles 122 de la Constitution et 414 et suivants de la loi organique du pouvoir judiciaire du 1^{er} juillet 1985.

²⁵²³ CE Ass., arrêt du 12 juillet 1969, « *L'Etang* », Rec. p. 388.

Judicial Council (CJC) depuis 1971, l’Afrique du Sud a créé la *Judicial Services Commission* (JSC) en 1996, et le Royaume-Uni a établi l’*Office for Judicial Complaints* (OJC) en 2006²⁵²⁴. Ces organes ne disposent pas à ce jour d’un même champ de compétences, selon qu’ils constituent ou non une instance unique, ou encore suivant le moment et le contexte de leur mise en place. C’est ainsi que l’encore récent Bureau des plaintes judiciaires britannique, qui trouve son fondement dans le *Constitutional Reform Act* de 2005, est seulement chargé d’examiner la recevabilité des plaintes qui lui sont adressées, et de les transmettre le cas échéant au *Lord Chancellor* et au *Lord Chief Justice*, pour qu’ils apprécient à leur tour la suite ou non disciplinaire qui doit leur être donnée. A l’inverse, fort de ses quarante années d’existence, le Conseil canadien de la magistrature jouit aujourd’hui d’une compétence étendue en matière disciplinaire, qui comprend à la fois une fonction d’élaboration des principes déontologique et de surveillance de leur respect, une tâche de réception et d’examen des plaintes, ainsi qu’un pouvoir d’enquête, de réprimande, et de recommandation auprès du ministre de la justice. Or, ce faisant, le Conseil canadien se trouvait déjà accusé en 1995 : « (d’)usurpe(r), d’une certaine manière, les pouvoirs d’enquête et de sanction qui sont, selon la Constitution et la tradition parlementaire, dévolus au Sénat et à la Chambre des communes »²⁵²⁵.

Cette dernière critique, pour exacte qu’elle soit, a le mérite de souligner un aspect important de l’évolution de la responsabilité disciplinaire des juges supérieurs ou fédéraux, au sein des pays de culture anglo-saxonne. Une compétence et un régime disciplinaires de droit commun, comparables à ceux qui existent dans les systèmes juridiques européens continentaux, paraissent progressivement se mettre en place. Cette impression semble d’ailleurs corroborée, dans le cas du Canada, par les changements de l’état du droit qui se sont opérés, notamment sur l’influence de la Cour suprême fédérale, à l’échelon des Etats provinciaux. Ces derniers se sont en effet dotés, à partir de la fin des années 1960, et à l’instar de la Fédération, de conseils de la magistrature chargés d’assister le Pouvoir politique dans la gestion de la matière disciplinaire. Ces conseils ont, à l’image du Conseil canadien de la magistrature, vu leur indépendance s’accroître et leur rôle se renforcer. Or, dans ce contexte, la Cour suprême a d’abord admis à partir de son arrêt « *Valente* » de 1985, qu’il n’était pas nécessaire que les juges provinciaux bénéficient d’une procédure de révocation comparable à celle fixée par l’article 99 de la Loi constitutionnelle fédérale, à l’égard des juges fédéraux. Elle a en effet jugé que cette procédure, qui

²⁵²⁴ Idasa, *Judicial accountability mechanisms*, Cape Town, march 2007., www.idasa.org.za, 20 p. ; G. Canivet, J. Jolie-Hurard, *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, RIDC, n° 4, 2006, p. 1080.

²⁵²⁵ K. Benyekhlef, *Canada*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle, Le statut constitutionnel des juges du siège...*, op. cit., p. 157.

prévoit qu'un juge puisse uniquement être révoqué sur une adresse du Parlement, et qui correspond au « *plus haut degré de garantie constitutionnelle inspiré de l'Act of Settlement de 1701* »²⁵²⁶, n'était pas « *essentiel(le) à l'inamovibilité (des juges provinciaux) pour les fins de l'alinéa 11d) de la Charte* » canadienne des droits et libertés de la personne²⁵²⁷. Mais dans le cadre de son argumentation, la Cour a aussi disqualifié incidemment la vertu protectrice de l'adresse en notant que, plus qu'une véritable garantie contre l'arbitraire, celle-ci présentait l'avantage de rendre : « *la révocation d'un juge plus difficile en pratique à cause de (sa) solennité, de (sa) lourdeur et de (sa) visibilité* »²⁵²⁸. Ce faisant, elle a sans doute contribué au déclin de la procédure de l'adresse au sein des Etats provinciaux, laquelle subsistait dans seulement deux Etats provinciaux lorsque fut rendu l'arrêt « *Therrien* » de 2001. Ce fut là, l'occasion d'une nouvelle avancée jurisprudentielle. La Cour put en effet relever à cette occasion que, dans toutes les provinces où la décision de destituer un juge appartenait au gouvernement, « *sans qu'il n'y ait eu au préalable d'adresse parlementaire* », des lois provinciales étaient toutefois intervenues pour lier celui-ci à « *la recommandation du Conseil de la magistrature* ». Elle en a alors conclu que : « *l'ensemble des provinces canadiennes (avaient) pris les mesures nécessaires pour s'assurer que les juges de cours provinciales soient à l'abri de toute intervention discrétionnaire de la part exécutif* »²⁵²⁹. C'était là, très clairement, mettre les procédures de l'adresse parlementaire et de la recommandation impérative du conseil de la magistrature, au même niveau vis-à-vis des exigences de la Charte canadienne. Or, cette égalité a, dans un nouvel arrêt « *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick* » de 2002, à son tour été dépassée au profit des conseils provinciaux de la magistrature, la Cour ayant qualifié sans ambiguïté cette dernière institution de « *tribunal administratif* » et de « *tribunal hautement spécialisé chargé d'examiner les droits protégés par la Constitution – comme l'indépendance et l'inamovibilité des juges, et le droit des justiciables à un procès équitable devant un tribunal impartial – dans l'intérêt général* »²⁵³⁰. D'une importance qui peut, certes, sembler demeurer relative à l'échelon des états provinciaux, cette évolution acquerrait assez certainement une autre dimension si elle devait s'étendre, dans les années ou les décennies à venir, à l'échelle de la Fédération ou à celle plus large du modèle anglo-saxon.

²⁵²⁶ Cour suprême du Canada, arrêt du 2 octobre 2001, « *Therrien* » [2001] 2 R.C.S. 3., § 67.

²⁵²⁷ Cour suprême du Canada, arrêt du 19 décembre 1985, « *Valente...* », *op. cit.*, p. 697.

²⁵²⁸ *Ibid.*, p. 697.

²⁵²⁹ Cour suprême du Canada, arrêt du 2 octobre 2001, « *Therrien* », *op. cit.*, § 76.

²⁵³⁰ Cour suprême du Canada, arrêt du 7 février 2002, « *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)* » [2002] 1 R.C.S. 249, § 45.

609. A défaut de s'étendre dans le système anglo-saxon, par des voies étatiques, le principe de la compétence d'une juridiction en matière disciplinaire pourrait également, ainsi que l'attestent certains travaux internationaux, se répandre par des chemins supra-étatiques. Le *Mt. Scopus international standards of judicial independence*, déclaration réalisée en 2008 par un groupe de travail composé d'universitaires et de praticiens du droit, paraît ainsi plaider en ce sens. Si son article 2.7 prévoit que : « *Le pouvoir de punir ou de révoquer un juge doit être attribué à une institution indépendante de l'Exécutif* », la disposition suivante suggère toutefois que : « *Le pouvoir de révoquer un juge devrait de préférence être dévolu à un tribunal judiciaire* »²⁵³¹. Il est vrai que la préférence ici marquée par ces experts de la chose juridique, n'est pas de nature à surprendre, s'agissant des représentants d'une culture juridique qui possède une haute idée de la protection offerte par le droit au juge. Ce faisant, le texte cité rejoint les prescriptions faites, au niveau du Conseil de l'Europe, par le Comité des ministres. Dans sa recommandation n° R (94) 12 de 1994, sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, celui-ci recommandait déjà que les mesures disciplinaires soient prises par « *un organe compétent spécial... lorsqu'elles ne sont pas examinées par un tribunal, et dont les décisions devraient être contrôlées par un organe judiciaire supérieur, ou qui serait lui-même un organe judiciaire supérieur* »²⁵³². Or, il s'agissait bien là d'assurer au juge les plus hauts standards juridiques concernant l'accès à un tribunal indépendant et impartial et le droit à un procès équitable, puisque, comme l'a par la suite explicité le Conseil consultatif de juges européens : « *les juges (doivent alors bénéficier), au minimum, d'une protection équivalente à celle prévue à l'article 6.1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme* »²⁵³³.

2°) La compétence complémentaire d'une autorité indépendante

610. Bien qu'il puisse offrir au juge un niveau élevé de protection contre le risque d'arbitraire, le principe de la compétence juridictionnelle ne présente pas moins le désavantage d'être essentiellement cantonné à un domaine : celui de la responsabilité disciplinaire. En effet, si des raisons tenant notamment à certaines

²⁵³¹ “*The power to discipline or remove a judge must be vested in an institution which is independent of the Executive ... The power of removal of a judge shall preferably be vested in a judicial tribunal*”. Voir : Consultation group of the international project of judicial independence, *Mt. Scopus approved revised international standards of judicial independence*, Jerusalem, March 19, 2008.

²⁵³² Comité des ministres, Recommandation n° R (94) 12 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, Conseil de l'Europe, 13 octobre 1994, Principe VI (3)

²⁵³³ CCJE, Avis n° 3 (2002) sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité, Conseil de l'Europe, 19 novembre 2002, § 69.

conceptions, biblique ou révolutionnaire, de la séparation des pouvoirs, ont pu justifier que la discipline des juges soit historiquement dévolue à des juridictions, il en est souvent allé différemment des autres matières. Ainsi que l'écrivait le Professeur Eisenmann en 1961 : « *A partir du XIXe siècle en France, comme dans quantité d'autres pays, on considère qu'il n'y a pas de véritable problème du mode de désignation des juges, car il n'y a qu'une solution rationnelle : la nomination par le gouvernement* ». Ce qui était vrai pour la nomination initiale, l'était également pour les nominations ultérieures, liées à un avancement ou à un déplacement, ainsi que pour les autres aspects de la carrière du magistrat. Or, à défaut de maîtriser la compétence disciplinaire, le Pouvoir disposait par ce biais d'autant de leviers d'éviction. La seule garantie organique prévue, dans certains cas, résidait alors dans la personne même du magistrat inamovible, lequel ne pouvait faire, l'objet, à l'image d'aujourd'hui, de certaines mesures sans son consentement. Ce faisant, tout un pan de l'inamovibilité se trouvait éludé, celle-ci se trouvant privée d'une protection autre que le magistrat lui-même. C'est dans ce contexte qu'a pu émerger l'idée d'un organe : distinct du Pouvoir politique, mais n'ayant pas le statut de juridiction ; chargé d'encadrer le pouvoir discrétionnaire de celui-ci, mais sans nécessairement le dessaisir de ses attributions ; et dont l'intervention ne serait pas limitée à la sphère disciplinaire, mais aurait au contraire vocation à couvrir tous les aspects de la carrière vis-à-vis desquels l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le Pouvoir politique pourrait faire craindre un risque d'éviction arbitraire. De fait, cet organe s'est progressivement trouvé incarné au niveau législatif puis constitutionnel, par la notion de « *Conseil supérieur de la magistrature* », dont l'institution a justement eu pour objet de dépasser la seule sphère disciplinaire. En effet, s'il est vrai que le premier Conseil, créé par la loi française du 30 août 1883, correspondait aux chambres réunies de la Cour de cassation et disposait d'une compétence centrale dans ce domaine, le législateur avait souhaité lui confier des attributions plus vastes en matière d'éviction. Les deux alinéas de l'article 15 lui donnaient précisément un pouvoir d'avis conforme, sur les décisions ministérielles de déplacement ou de mise à la retraite d'offices.

L'institution d'un « *Conseil supérieur de la magistrature* » peut, dans ces conditions, sembler pouvoir constituer, au regard des besoins attachés à la protection de l'inamovibilité, une garantie organique complémentaire de la garantie juridictionnelle au-delà de la sphère disciplinaire. Aujourd'hui largement associé, dans le modèle européen continental, à une autorité supralégislative indépendante du Pouvoir politique, un tel organe voit sa capacité à préserver l'inamovibilité d'autant mieux assurée, qu'il dispose d'une influence décisive à l'égard des mesures individuelles concernant les magistrats.

611. Au-delà des longs débats doctrinaux qui ont pu entourer en France, la question de la qualification exacte du « *Conseil supérieur de la magistrature* »²⁵³⁴, il semble qu'un certain consensus se soit opéré, y compris à l'échelle plus globale du système européen continental, pour conclure à sa nécessaire indépendance vis-à-vis du Pouvoir politique. Cette conclusion tire tout d'abord les conséquences des circonstances, particulières, qui ont présidé à l'essor décisif des Conseils de la justice après la fin de la Seconde Guerre mondiale. Comme l'a relevé le Conseil de la magistrature français, dans son étude de 2005 sur les *Conseils de la justice en Europe*, il s'est le plus souvent agi de marquer « *une rupture historique avec un régime politique autoritaire antérieur* »²⁵³⁵. C'est ainsi qu'en 1946 et 1947, la France et l'Italie ont été les premiers Etats à établir un Conseil au niveau constitutionnel, afin de faire respectivement suite au Régime de Vichy et au Régime fasciste. De même, lorsque le Portugal et l'Espagne ont institué un tel organe en 1976 et 1978, il s'agissait de rompre avec le Régime salazariste pour le premier, et franquiste concernant le second. Ce mouvement s'est encore poursuivi dans « *les pays d'Europe centrale et de l'Est au cours des années 90* »²⁵³⁶, suite à la désagrégation du « Bloc de l'est » et de l'Union soviétique. A chaque fois, un même souci d'indépendance et de renforcement de la séparation des pouvoirs a paru prédominer. Cette logique se retrouve d'ailleurs, dans un contexte certes moins grave, à propos de la création du Conseil supérieur de la justice belge. Intervenue en 1998, celle-ci était alors étroitement liée à la volonté de préserver l'indépendance et l'impartialité des magistrats, malgré l'instabilité politique structurelle touchant le pays.

Mais la nécessaire indépendance des Conseils de la justice, ressort également de l'influence réciproque qui s'exerce entre les Etats, et de la progressive homogénéisation qui paraît s'opérer à travers les instruments du Conseil de l'Europe. Sur ce dernier point, la transition entre la simple référence initiale à une « autorité indépendante », et la construction actuelle d'un véritable statut du « Conseil de la justice » en Europe, mérite d'être souligné. En effet, dans sa Recommandation n° R (94) 12 de 1994, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe se limitait à prévoir que : « *L'autorité compétente en matière de sélection et de carrière des juges devrait être indépendante du gouvernement et de l'administration* »²⁵³⁷. Quatre ans plus tard, en 1998, une légère avancée fut franchie par la Charte européenne sur le statut des

²⁵³⁴ Voir par exemple : J. Gicquel, *Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République*, Mélanges en l'honneur de P. Ardant, LGDJ, Paris, 1999, pp. 289-303 ; X. Bioy, *L'institution judiciaire sous la Ve république...*, *op. cit.*, pp. 114-115.

²⁵³⁵ CSM, rapport annuel d'activité 2004-2005, *op. cit.*, p. 88.

²⁵³⁶ *Ibid.*, p. 116.

²⁵³⁷ Comité des ministres, Recommandation n° R (94) 12..., *op. cit.*, Principe I.2.c

juges, laquelle proclamait désormais, de manière plus affirmative, que : « *Pour toute décision affectant la sélection...le statut prévoit l'intervention d'une instance indépendante au pouvoir exécutif et du pouvoir législatif* »²⁵³⁸. Cependant, il faut attendre l'Avis n° 10 du Conseil consultatif des juges européens, rendu 2007, pour que soit retenu le terme unique de « *Conseil de la justice* », afin de désigner les « *instances garantes de l'indépendance des juges* »²⁵³⁹ dans les travaux du Conseil de l'Europe. A l'occasion de sa Recommandation n° R (2010) 12 du 17 novembre 2010, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a pris soin de définir ces organes comme : « *des instances indépendantes, établies par la loi ou la Constitution, qui visent à garantir l'indépendance de la justice et celle de chaque juge et ainsi promouvoir le fonctionnement efficace du système judiciaire* »²⁵⁴⁰. Enfin, adoptée deux jours plus tard, la Magna Carta des juges a érigé au rang de treizième principe, l'obligation pour chaque Etat de créer : « *(afin d')assurer l'indépendance des juges, ...un Conseil de la justice ou un autre organe spécifique, lui-même indépendant des pouvoirs exécutif et législatif, doté des prérogatives les plus étendues pour toute question relative au statut des juges, ainsi qu'à l'organisation, au fonctionnement et à l'image des institutions judiciaires* »²⁵⁴¹.

La circonstance que le Conseil de la justice doive être un organe constitutionnel indépendant des Pouvoirs exécutif et législatif, ne saurait cependant laisser supposer son appartenance à un hypothétique « pouvoir judiciaire ». C'est la constatation à laquelle procédait notamment le Professeur Renoux, dans sa synthèse des travaux de la Table ronde internationale de 1998 sur *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*. Le « *pouvoir judiciaire n'étant qu'une notion fonctionnelle* », et le Conseil pouvant prétendre à la qualité de juridiction, au mieux uniquement lorsqu'il siège en formation disciplinaire, il se trouve largement disqualifié à cet effet. D'ailleurs, chargé d'assurer l'indépendance du juge en un sens, mais devant veiller à ce que celui-ci se comporte comme tel de l'autre, il devrait plus justement, selon le même auteur, être regardé comme : « *l'interface entre l'exécutif et le judiciaire mais également entre le législatif et le judiciaire* »²⁵⁴². Dans ces

²⁵³⁸ Charte européenne sur le Statut des juges, Conseil de l'Europe, 8-10 juillet 1998, Principe 1.3

²⁵³⁹ CCJE, Avis n° 10 (2007) sur le Conseil de la justice au service de la société, Conseil de l'Europe, 23 novembre 2007, § 2.

²⁵⁴⁰ Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, Conseil de l'Europe, 17 novembre 2010, § 26.

²⁵⁴¹ CCJE, Magna Carta des juges..., *op. cit.*, Principe 13

²⁵⁴² T. S. Renoux, *Rapport de synthèse*, in T. S. Renoux (dir.), *Les conseils supérieurs...*, *op. cit.*, p. 112.

conditions et soucieux de ne pas le résumer à une simple autorité administrative, certains représentants de la doctrine constitutionnelle ont pu lui reconnaître le caractère d'une « *autorité administrative indépendante* »²⁵⁴³, d'une « *autorité constitutionnelle autonome* »²⁵⁴⁴, voire celui d'une « *autorité, administrative, indépendante, constitutionnelle* »²⁵⁴⁵. Après plusieurs nouvelles années d'incertitude, ces propositions ont récemment paru recevoir un certain écho dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. En effet, dans sa décision du 29 mars 2011 sur la loi organique relative au Défenseur des droits²⁵⁴⁶, celui-ci a émis une réserve précisant que les attributions de ce dernier ne pouvaient lui permettre d'interférer dans les procédures propres à la discipline des magistrats, qui sont prévues par l'article 65 de la Constitution. A cette fin, le Conseil s'est référé au principe constitutionnel suivant lequel : « *l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance de l'ensemble des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative* »²⁵⁴⁷. Ce faisant, il a d'une certaine manière fait primer le Conseil supérieur de la magistrature, qui dispose de la compétence disciplinaire en vertu de l'article 65 précité, sur le nouveau Défenseur des droits, dont il dit pourtant lui-même qu'il « *constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution* »²⁵⁴⁸. Bien que pouvant être qualifié de la même façon, le Conseil supérieur de la magistrature ne relèverait pas, à la différence du Défenseur des droits, des autorités administratives au sens du principe d'indépendance des juridictions sus-évoqué.

612. La capacité du Conseil de la justice à assurer le respect de l'inamovibilité se trouverait toutefois neutralisée, si cet organe ne bénéficiait pas, au-delà de son statut d'« *autorité administrative constitutionnelle indépendante dérogatoire* », d'une compétence significative vis-à-vis des mesures individuelles pouvant entraîner l'éviction du magistrat. Cette problématique s'est, de fait, trouvée

²⁵⁴³ J.-P. Buffelan-Lanore parle plus précisément d'« *autorité juridictionnelle pré-contentieuse* ». Voir : *De l'indépendance de la magistrature*, LPA, n° 70, 11 juin 1993, pp. 13-14.

²⁵⁴⁴ J. Gicquel, *Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République*, Mélanges en l'honneur de P. Ardant, LGDJ, Paris, 1999, p. 303.

²⁵⁴⁵ T. S. Renoux, *Rapport de synthèse*, in T. S. Renoux (dir.), *Les conseils supérieurs...*, op. cit., p. 115.

²⁵⁴⁶ CC, décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, « *Loi organique relative au Défenseur des droits* ».

²⁵⁴⁷ *Ibid.*, cons. 16.

²⁵⁴⁸ *Ibid.*, cons. 5.

prise en compte dans les travaux effectués par les instances du Conseil de l'Europe sur l'indépendance des juges. Dans son rapport de 2010 sur l'indépendance du système judiciaire, la Commission de Venise, faisant notamment écho à un précédent rapport de 2007, jugeait approprié que le « *conseil...indépendant joue un rôle déterminant dans les décisions relatives à la nomination et à la carrière des juges* »²⁵⁴⁹. Cette notion de « *rôle déterminant* » a pu être appréciée différemment selon les instruments. C'est ainsi que la Charte européenne sur le statut des juges de 2002, prévoyait dans son § 1.3 que : « *Pour toute décision...le statut prévoit l'intervention d'une instance indépendante* ». Cette formulation, volontairement vague, avait alors été justifiée au sein de l'exposé des motifs. Il s'agissait de « *couvrir des situations variées, qui vont du conseil donné par l'instance indépendante à un organe du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif jusqu'à la prise de décision elle-même par l'instance indépendante* ». Ce faisant, le texte entendait tenir compte des différences existant entre les systèmes nationaux, et surtout de la circonstance que : « *Dans certains d'entre eux, il serait difficilement admis qu'une instance indépendante se substitue à l'autorité publique de nomination* ». Pour autant, les développements suivants prenaient bien soin de venir relativiser, au nom de la philosophie animant la Charte, l'importance pouvant être attachée à cette latitude. Comme l'indiquait en effet la suite du texte : « *l'obligation posée...de recueillir au moins la recommandation ou l'avis d'une instance indépendante ne peut manquer d'avoir un effet très incitatif, sinon en pratique contraignant, pour l'autorité politique de nomination* ». Et d'ajouter : « *Dans l'esprit de la Charte, les recommandations ou avis de l'instance indépendante ne constituent des garanties que s'ils sont de façon générale suivis dans la pratique. L'autorité...qui ne suivrait pas une telle recommandation ou un tel avis devrait à tout le moins être tenue de faire connaître les motifs de ce refus* »²⁵⁵⁰. Liberté formelle, donc, mais liberté restreinte en pratique. D'ailleurs, les instruments adoptés par la suite sont à leur tour venus suggérer une réduction de cette marge de manœuvre. Le Conseil consultatif des juges européens estimait ainsi, dans son Avis n° 10 de 2007 sur le Conseil de la justice au service de la société, que ces mesures devraient être prises : « *de préférence par le Conseil de la justice* ». C'est seulement par exception que, « *compte tenu de la place importante du juge dans la société et pour souligner le caractère éminent de sa fonction* », celles-ci devaient pouvoir prendre « *la forme d'un acte officiel émanant du Chef de l'Etat* ». Mais il importait alors que ce dernier, « *soit lié par une proposition faite par le Conseil de la*

²⁵⁴⁹ Commission européenne pour la démocratie et le droit (Commission de Venise), Rapport n° 494/2008 de la sur l'indépendance du système judiciaire – Partie I : L'indépendance des juges, Conseil de l'Europe, 16 mars 2010, § 32 et § 82 (4).

²⁵⁵⁰ Charte européenne sur le statut des juges..., *op. cit.*, § 1.3.

justice »²⁵⁵¹. Le Comité de ministres du Conseil de l'Europe s'est prononcé sensiblement dans le même sens, à l'occasion de sa Recommandation n° R (2010) 12 de 2010. Cependant, au lieu de faire du pouvoir de décision de l'autorité indépendante, une simple préférence, il a paru l'ériger plus sûrement au rang de principe²⁵⁵².

Ces préconisations européennes qui sont, au risque de la tautologie, dépourvues de toute force obligatoire, ont le mérite de refléter l'état du droit au sein d'une majorité des Etats européens continentaux dotés d'un Conseil de la justice. Les résultats de l'étude réalisée en 2005 sur la question, par le Conseil supérieur de la magistrature français, s'inscrivent en ce sens²⁵⁵³. En effet, ces travaux ont permis de révéler que dans sept pays, sur les dix étudiés²⁵⁵⁴, les compétences de nomination, d'affectation et de promotion se trouvaient dévolues en exclusivité ou de manière principale à un tel organe. Plus précisément, les deux pays échappés des Régimes salazariste et franquiste, le Portugal et l'Espagne²⁵⁵⁵, confient l'intégralité de ces pouvoirs respectivement au Conseil supérieur de la magistrature et au Conseil général du pouvoir judiciaire. En Italie et en Bulgarie, le Conseil supérieur de la magistrature et le Conseil supérieur judiciaire disposent du pouvoir décisionnel vis-à-vis de l'essentiel des magistrats, sur avis simple du ministre de la justice dans le premier cas, et sur proposition des chefs de juridiction après avis du ministre de la justice dans le second. Chacun des deux Etats prévoit néanmoins une exception. En Italie, d'une part, les chefs de juridictions sont en principe nommés en concertation avec le ministre de la justice, avec voix prépondérante du Conseil en pratique. En Bulgarie, d'autre part, les plus hauts postes sont pourvus par le chef de l'Etat, sur proposition du Conseil, celle-ci s'imposant toutefois en cas de réitération. Enfin, pour évoquer ces deux derniers exemples, tandis que le Conseil de la magistrature roumain dispose d'un pouvoir de proposition auprès du président de la république pour les nominations, et d'une compétence décisionnelle pour l'essentiel des affectations et des promotions, le Conseil supérieur de la justice belge possède une fonction de proposition envers le monarque pour l'ensemble de ces attributions. Au regard de cette situation qui est celle de « *la plupart des autres pays européens* », ainsi que le rappelait de nouveau le Conseil français dans sa réflexion de 2007 sur la

²⁵⁵¹ CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 48 et 49.

²⁵⁵² Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, Conseil de l'Europe, 17 novembre 2010, § 46 et 47.

²⁵⁵³ CSM, rapport annuel d'activité 2004-2005, *op. cit.*, pp. 115-135.

²⁵⁵⁴ Belgique, Bulgarie, Espagne, Hongrie, Italie, Hongrie, Pays-Bas, Pologne, Portugal et Roumanie.

²⁵⁵⁵ CSM, rapport annuel d'activité, 2004-2005, *op. cit.*, pp. 118, 125 et 132.

future réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, le droit hexagonal ressort nettement en « *retrait* »²⁵⁵⁶. L'article 65 alinéa 4 de la Constitution, applicable aux magistrats du siège, précise en effet que le Conseil supérieur de la magistrature propose au Président de la République la nomination des magistrats à la Cour de cassation, des premiers présidents de cour d'appel et des premiers présidents de tribunal de grande instance. Pour tous les autres magistrats du siège, la formulation des propositions relève de la compétence du garde des Sceaux, sous réserve de leur soumission à l'avis conforme du Conseil supérieur. Cela signifie concrètement que sur un total approximatif de 5 100 magistrats du siège, environ 4 800 relèvent du mécanisme de l'avis conforme. Or, comme l'a souligné lui-même le Conseil dans ses rapports annuels, ce système « *ne lui permet d'exercer qu'un contrôle marginal* »²⁵⁵⁷. C'est pourquoi l'institution s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur d'un inversement de la répartition des rôles avec la Chancellerie, pour confier le pouvoir de proposer à la signature du chef de l'Etat, les nominations de l'ensemble des magistrats du siège²⁵⁵⁸.

613. La reconnaissance d'un statut d'indépendance au Conseil de la justice, ainsi que d'une influence décisive sur les mesures individuelles touchant aux magistrats, si elles constituent des garanties importantes pour le respect de l'inamovibilité, n'en restent pas moins insuffisantes pour préserver ceux-ci du risque d'arbitraire. En effet, il semble également important que le magistrat inamovible dispose d'une possibilité de recours devant une juridiction. Le bénéfice d'une telle protection a notamment été perçu comme nécessaire, dans les travaux réalisés par les instances du Conseil de l'Europe sur l'indépendance des juges. La Charte européenne sur le statut des juges, adoptée en 1998, contenait déjà une prescription en ce sens pour la matière disciplinaire. Son § 5.1, y compris applicable aux mesures prises par une juridiction, prévoyait que : « *La décision d'une autorité exécutive, d'une juridiction ou d'une instance (indépendante) prononçant une sanction est susceptible d'un recours devant une instance supérieure de caractère juridictionnel* »²⁵⁵⁹. Cet impératif a été maintenu par les textes ultérieurs, ainsi que l'atteste la Recommandation n° R (2010) 12 sur les juges qui, émise en 2010 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, dispose que la procédure disciplinaire : « *devrait...accorder aux juges le droit d'exercer un recours contre la décision et la*

²⁵⁵⁶ CSM, rapport annuel d'activité 2007, *op. cit.*, p. 71.

²⁵⁵⁷ CSM, rapport annuel d'activité 2004-2005, *op. cit.*, p. 194.

²⁵⁵⁸ *Ibid.*, pp. 191 et 193-195 ; CSM, rapport annuel d'activité 2007, *op. cit.*, p. 71.

²⁵⁵⁹ Charte européenne sur le statut des juges..., *op. cit.*, § 5.1.

sanction »²⁵⁶⁰. Cependant, une étape a été franchie avec l’Avis n° 10 sur le Conseil de la justice au service de la société, rendu en 2007 par le Conseil consultatif des juges européens. Celui-ci précise désormais plus largement que : « *les décisions de nomination, de mobilité, de promotion, de discipline et de révocation des juges (prises par le Conseil de la justice,) devraient être motivés (et) avoir une valeur contraignante sous réserve de la possibilité d’un recours contentieux* », sachant que : « *l’indépendance du Conseil de la justice ne signifie pas soustraction au droit et absence de contrôle juridictionnel* »²⁵⁶¹. Cette exigence non impérative, et pour conclure sur ce point, a incontestablement le mérite d’offrir une légitimité rétrospective et supplémentaire à la jurisprudence du Conseil d’Etat par laquelle ce dernier s’est, dès la IV^{ème} République, reconnu compétent pour statuer sur les mesures prises par le Conseil supérieur de la magistrature en matière d’ « *organisation du service* »²⁵⁶².

B . Un transfert de compétence portant sur les mesures d’éviction

614. Une fois posé le principe d’un transfert du pouvoir d’éviction à un organe central indépendant, il convient de délimiter le champ couvert, ou susceptible de l’être, par cette compétence. Si une approche de l’inamovibilité trop étroitement associée à la règle du consentement préalable, est de nature à justifier une interprétation restrictive de celle-ci, l’intervention de cette instance indépendante consciente des impératifs du service public de la justice, permet au contraire de favoriser une couverture étendue des mesures d’éviction. Concrètement, la reconnaissance d’une telle compétence est de nature à garantir au magistrat inamovible, une protection à la fois verticale (1°) et horizontale (2°) contre le risque d’éviction arbitraire.

1°) Une protection verticale contre les mesures d’éviction

615. Par l’idée de « protection verticale » contre le risque d’éviction arbitraire, il convient ici de s’intéresser à la protection qui attrait, pour reprendre les termes employés par le Professeur Hamon, à : « *l’unité de base par rapport à laquelle les magistrats du siège sont inamovibles* »²⁵⁶³. Il pourrait s’agir dans

²⁵⁶⁰ Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12..., *op. cit.*, § 69.

²⁵⁶¹ CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 39.

²⁵⁶² CE Ass., arrêt du 17 avril 1953, « *Falco et Vidailac* », Rec. p. 175.

²⁵⁶³ F. Hamon, Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 80-123 DC du 24 octobre 1980, « *Loi organique relative au statut de la magistrature* », AJDA, 1981, p. 149.

l'absolu, aussi bien d'un poste, d'une formation de jugement, d'une juridiction, que du ressort d'une cour d'appel, ou du territoire national. En l'état du droit positif français, cette unité de base est définie à partir de la règle du consentement préalable, rappelée, pour les magistrats du siège de l'ordre judiciaire, par l'article 4 alinéa 2 du Statut organique de la magistrature. Elle correspond précisément à l'échelon au niveau duquel cette dernière fait l'objet d'une application littérale. Or, ainsi que cela a été souligné à plusieurs reprises dans les développements précédents, la portée de cette règle a été progressivement amoindrie par la multiplication des exceptions. Déjà associée à un emploi du siège dans une juridiction, dans le cadre de l'inamovibilité de résidence, et non pas précisément à un poste ou à une formation de jugement, l'unité de base n'a par conséquent cessé de reculer. Ce faisant, elle semble aujourd'hui largement indéterminée. C'est pourquoi il pourrait s'avérer opportun, dans le sillon de l'opinion défendue par certains auteurs, de compenser l'atténuation de la règle du consentement préalable, par la consécration du principe de l'intervention déterminante d'une autorité centrale indépendante. Le Professeur Renoux le préconisait déjà en 1982, en matière de déplacement vers une autre juridiction. Relevant les limites de la définition découlant de l'article 4 alinéa 2 du Statut organique, il proposait de : « *restituer l'inamovibilité dans un cadre plus protecteur, en considérant...qu'elle ne s'oppose pas au déplacement...par une autorité suprême indépendante* »²⁵⁶⁴. Le Professeur Duplé se prononçait dans le même sens, en 2007, lors du second Congrès de l'AHJUCAF sur *L'indépendance de la justice*. Il estimait alors que les « *atténuations légales au principe du consentement* » devraient pouvoir être compensées par la soumission des mutations : « *au contrôle, ou au moins à l'approbation préalable, d'un organe indépendant du pouvoir exécutif tel qu'un conseil de la magistrature* »²⁵⁶⁵.

Cette idée d'intégrer l'intervention d'une autorité centrale indépendante dans la définition de l'inamovibilité, afin de compléter la règle du consentement préalable, mériterait d'autant plus d'être envisagée qu'elle correspond déjà à une certaine réalité en droit français et comparé. Concrètement, et au-delà des propositions des Professeurs Renoux et Duplé, il ne s'agirait plus de limiter l'inamovibilité de résidence à la définition d'une unité de base à partir de laquelle le magistrat pourrait prétendre au respect littéral de la règle du consentement préalable, mais d'assurer à celui-ci, quel que soit le niveau concerné, le bénéfice d'une garantie organique, distincte du magistrat lui-même.

²⁵⁶⁴ N. Duplé, *Les interventions externes qui menacent l'indépendance et l'impartialité de la justice*, in AHJUCAF, *L'indépendance...*, op. cit., p. 89.

²⁵⁶⁵ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire...*, op. cit., p. 268.

616. Cette logique d'une conception assouplie de la règle du consentement préalable, que viendrait compenser l'intervention d'une autorité centrale indépendante, paraît de prime abord s'imposer en droit français et italien. Tel est le résultat en France, d'une situation de fait qui trouve son origine dans la pratique. Si la lettre de l'article 4 alinéa du Statut organique précité, a été durement éprouvée dans son interprétation au cours des dernières décennies, celle-ci a été progressivement palliée par l'essor progressif du rôle du Conseil supérieur de la magistrature en matière de nomination et de nouvelle affectation. En effet, le texte initial de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoyait, dans son article 65 alinéa 3, que : « *Le Conseil... fait des propositions pour les nominations de magistrats du siège à la Cour de cassation et pour celles de premier président de Cour d'appel. Il donne son avis dans les conditions fixées par la loi organique sur les propositions du ministre de la justice relatives aux nominations des autres magistrats du siège* ». Or, cette disposition a connu deux améliorations successives à partir du début des années 1990. S'agissant des magistrats nommés sur avis du Conseil, s'est dans un premier temps développée : « *au fil des ans, une pratique...aux termes de laquelle les projets de nomination qui n'ont pas reçu un avis favorable du Conseil supérieur de la magistrature sont systématiquement retirés* »²⁵⁶⁶. Cette pratique atteignit une telle constance sous la présidence de François Mitterrand, que celui-ci décida d'initier en 1991, malgré la lettre de l'article 65 alinéa 3, un projet de loi organique prévoyant que les magistrats du siège non visés par la première phrase seraient désormais nommés : « *après avis conforme, du Conseil supérieur de la magistrature* ». Cette disposition fit cependant tour à tour, l'objet d'un avis négatif du Conseil d'Etat²⁵⁶⁷ et d'une censure du Conseil constitutionnel²⁵⁶⁸, au motif principal que : « *la distinction opérée par l'article 65 quant à l'étendue des prérogatives du Conseil...s'analyse en une règle de compétence dont le respect s'impose à la loi organique* »²⁵⁶⁹. Mais ce que venaient ici sanctionner les deux institutions, fidèles à la théorie de l'« *aiguilleur* », c'était la voie législative empruntée par le Pouvoir politique, et non le principe même du recours à l'avis conforme. C'est pourquoi, le Chef de l'Etat prit soin de promouvoir dès l'année suivante, un projet de loi constitutionnelle destiné à consacrer l'évolution de la pratique. Le nouvel article 65 alinéa 5 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993, devait *in fine* se révéler plus

²⁵⁶⁶ T. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et le statut des magistrats de l'ordre judiciaire : vers une décision constitutionnelle ? (A propos de la décision 92-305 DC du Conseil constitutionnel du 21 février 1992)*, Gazette du palais, 6 mai 1993, p. 560.

²⁵⁶⁷ CE, avis n° 349-855 du 19 avril 1991. Cité C. Bigaut, J.-P. Lay, *La réforme du Conseil supérieur de la magistrature*, Recueil Dalloz, 38° cahier, 1993, p. 276.

²⁵⁶⁸ CC, décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, « *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature* ».

²⁵⁶⁹ *Ibid.*, cons. 25.

ambitieux, en opérant une double avancée. D'une part, la nomination des présidents des tribunaux de grande instance se trouvait désormais soumise au régime de la proposition préalable du Conseil supérieur de la magistrature. D'autre part, la seconde phrase de cet alinéa venait affirmer que : « *Les autres magistrats du siège sont nommés sur avis conforme* ».

Si cette évolution du rôle du Conseil supérieur de la magistrature, restée inchangée depuis 1993, peut aujourd'hui paraître insuffisante pour remédier au recul de la règle du consentement préalable, elle n'en dessine pas moins un premier pas vers une définition de l'inamovibilité de résidence, intégrant le principe de l'intervention d'une autorité centrale indépendante. Il convient d'ailleurs de rappeler à cet égard, qu'en France, sous la III^{ème} République, l'article 15 de la loi du 10 août 1883 avait déjà prévu qu'un magistrat du siège ne pourrait être déplacé sans l'avis conforme du Conseil de la magistrature. Certes, il est vrai qu'à l'époque, la reconnaissance de la compétence de principe du garde des Sceaux pour déplacer un magistrat au détriment d'une lecture littérale de la règle du consentement préalable, avait été perçue comme une atteinte à l'inamovibilité de résidence²⁵⁷⁰. Cependant, il aurait sans doute été juste de ne pas éluder l'avancée opérée, en prenant soin de souligner que le pouvoir du ministre se trouvait limité par l'avis conforme du Conseil, et que ce dernier ne pouvait, en vertu de l'article 16 de la loi : « *statuer ou donner son avis qu'après que le magistrat aura(it) été entendu ou dûment appelé* ». Force est en outre de remarquer, que ce dispositif a été repris et amélioré dans l'Italie de l'après Seconde Guerre mondiale. L'article 107 de la Constitution du 27 décembre 1947, toujours en vigueur à ce jour, dispose en effet que : « *Les magistrats sont inamovibles. Ils ne peuvent être déchargés, ...déplacés ou affectés à d'autres fonctions que par une décision du Conseil supérieur de la magistrature, adoptée soit pour des motifs et avec les garanties de défense établies par l'ordre judiciaire, soit avec leur consentement* ». Cette définition de l'inamovibilité fait de l'autorité centrale indépendante, une garantie principale et nécessaire du magistrat en matière de nomination et d'affectation, tandis que la règle du consentement préalable apparaît pour sa part reléguée au rang d'une garantie complémentaire et alternative. Il est finalement revenu à la loi et à la pratique de compenser ce déséquilibre, sans pour autant remettre en cause la compétence centrale du Conseil supérieur. C'est pourquoi, si : « *En règle générale, le magistrat peut...être muté dans un autre siège ou affecté à un autre poste pour y exercer d'autres fonctions seulement avec son consentement, et après délibération du Conseil* », les cas dans lesquels un magistrat

²⁵⁷⁰ Voir par exemple les propos tenus par le Commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt, dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 juin 1893, « *Bariat* », in Recueil général des lois et des arrêts, 1895.3.33, p. 33.

peut faire l'objet d'une affectation ou d'un déplacement d'office, « *sont exceptionnellement autorisés* » et revêtent un caractère « formel »²⁵⁷¹.

617. Cette prise en compte de l'intervention d'une autorité centrale indépendance est importante pour l'inamovibilité, puisqu'elle va concrètement permettre de moduler la rigueur découlant d'une lecture littérale de la règle du consentement préalable, sans toutefois placer le magistrat dans une situation pouvant conduire à son éviction arbitraire. Une telle modulation paraît en effet s'imposer pour pouvoir faire face, au regard des exigences du service public juridictionnel, à des situations aussi différentes de conséquences que : l'affectation consécutive à la suppression d'une juridiction ; la nomination d'un magistrat en dehors du territoire métropolitain ; l'affectation au sein du ressort d'une autre cour d'appel ; la désignation dans des fonctions de juge « placé » ; la délégation dans une autre juridiction du ressort de la cour d'appel ; l'affectation temporaire dans le cadre de fonctions de juge « placé » ; la mutation dans le ressort d'une même cour d'appel ; ou encore la désignation dans des fonctions spécialisée. Il est ainsi possible de reconnaître que certaines nominations ou affectations justifient, dans l'absolu, une stricte application de la règle du consentement préalable. Tel est le cas, semble-t-il, des nouvelles affectations extérieures au ressort de la cour d'appel où se situe la juridiction d'appartenance. Comme l'écrivait à ce propos Raoul de la Grasserie en 1914, sur un ton quelque peu dramatique : « *Cela peut devenir une sorte d'exil, suivant la distance du lieu où on...envoie (le juge), et cet exil peut être plus particulièrement pénible, si (celui-ci) est âgé et près de finir sa carrière, ou s'il se trouve ainsi séparé brusquement de sa famille, ou si on le relègue sous un climat meurtrier pour sa santé ou pour celle des siens, c'est alors...une révocation indirecte, s'il n'accepte pas ces dangers, ou un arrêt de mort, s'il les accepte* »²⁵⁷². Il en va certainement de même, pour la désignation initiale dans des fonctions de juge « placé », ou dans l'hypothèse d'une délégation habituelle dans d'autres juridictions du ressort. Sachant que le ressort d'une cour d'appel couvre « *de deux à cinq départements* »²⁵⁷³, un magistrat qui n'aurait pas explicitement accepté de telles mesures pourrait rapidement sentir : « *son maintien dans la magistrature...devenir intolérable pour lui-même* »²⁵⁷⁴. En revanche, il n'est pas certain que les autres cas énumérés plus haut, impliquent nécessairement une application littérale de cette règle. Dès lors que le Conseil supérieur de la magistrature intervient de manière

²⁵⁷¹ Consiglio superiore della magistratura, *Il sistema giudiziario...*, *op. cit.*, p. 119.

²⁵⁷² R. de La Grasserie, *De la justice en France...*, vol. 1, *op. cit.*, p. 380.

²⁵⁷³ F. Hamon, Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 80-123 DC..., *op. cit.*, p. 148.

²⁵⁷⁴ R. de La Grasserie, *De la justice en France...*, vol. 1, *op. cit.*, p. 380.

suffisamment décisive dans le processus de nomination ou de nouvelle affectation, celle-ci semble pouvoir être remplacée par des modalités moins contraignantes de prise en compte de la volonté du magistrat. Il est notamment possible de rappeler en sens, le recours actuel à la règle du « consentement par avance » pour la nomination dans des fonctions spécialisées ou de chef de juridiction. Il est de même possible d'évoquer l'utilisation de la règle de la « pluralité de choix », à l'issue de la plupart des affectations, et son application particulièrement protectrice suite à la suppression d'une juridiction.

Si l'intervention d'une autorité centrale indépendante autorise une modulation de la règle du consentement préalable, sans qu'il en résulte un accroissement du risque d'éviction arbitraire pesant sur le magistrat, elle présente corolairement l'avantage de favoriser une extension *ratione materiae* de l'inamovibilité de résidence. Le droit italien constitue une bonne illustration à cet égard. D'une part, celui-ci admet qu'un magistrat puisse faire l'objet d'une mutation d'office pour faire face à une situation qui, sans revêtir un caractère disciplinaire, implique qu'il ne puisse être maintenu au sein de sa juridiction et qu'il soit déplacé contre son gré. C'est ainsi que le décret législatif royal n° 511/46 du 31 mai 1946, permet au Conseil supérieur de la magistrature de muter des magistrats quand : « *pour toute cause non imputable à une faute de leur part il ne leur est pas possible d'exercer leurs fonctions avec indépendance et impartialité au poste qu'ils occupent* ». Si une telle mesure, qui n'a pas d'équivalent en France, paraît pénaliser le magistrat concerné, elle le préserve cependant du caractère infamant qu'aurait eu, faute de dispositif alternatif, le prononcé d'une mutation d'office à titre de sanction disciplinaire. Elle le protège en outre des chefs de juridiction et des justiciables, dans la mesure où, bien qu'ayant son origine dans les rapports émis par les premiers ou les plaintes formulées par les seconds, elle est approuvée à l'issue d'une procédure administrative qui se déroule « *entièrement* » au sein du Conseil supérieur de la magistrature²⁵⁷⁵. D'autre part, le droit italien érige ce dernier organe en instance de contrôle, afin de connaître de mesures d'affectation qui, par leur importance, ne requièrent ni son intervention directe, ni le respect littéral de la règle du consentement préalable. Le Conseil supérieur de la magistrature peut effectivement être regardé, selon les termes employés par le Professeur Patureau, comme un : « *véritable ombudsman des magistrats qui disposent d'un droit de recours individuel auprès de cette instance dès lors qu'ils sentiraient leur indépendance menacée : changement d'affectation au*

²⁵⁷⁵ Consiglio superiore della magistratura, *Il sistema giudiziario...*, op. cit., p. 120 ; M. G. Civinini, *Le statut du magistrat...*, op. cit., p. 15.

sein d'un tribunal en raison de divergences de vues avec le président de sa chambre, délégation temporaire d'un juge spécialisé dans d'autres fonctions, ... »²⁵⁷⁶.

618. Cette aptitude d'une autorité centrale indépendante à assurer un contrôle, y compris vis-à-vis de mesures individuelles que les exigences du service public rendent traditionnellement réfractaires à une application de l'inamovibilité de résidence, permet *in fine* d'envisager l'extension de celle-ci, jusque dans la sphère dévolue au « droit au juge naturel ». Sachant que ce principe ne possède plus d'aucune assise constitutionnelle en droit français, et que son absence se trouve seulement palliée par une interprétation constructive du principe d'égalité devant la loi²⁵⁷⁷, certaines voix se sont explicitement élevées en faveur d'un développement de l'inamovibilité dans ce domaine. A l'occasion de son commentaire de l'arrêt « Pacaud », en 1985, le Professeur Soler-Couteaux notait déjà en conclusion, que la décision étudiée allait : « à l'encontre d'une revendication constance du syndicat de la magistrature qui souhaite un renforcement de l'inamovibilité à l'intérieur même des grandes juridictions pour éviter la mutation d'un magistrat à un autre poste afin de l'écarter de telle ou telle fonction »²⁵⁷⁸. Vingt-trois ans plus tard, le Professeur Kernaleguen opinait dans la même direction, préconisant même une généralisation de cette approche. Ainsi que le suggérait encore l'auteur en 2008 : « Une réforme du statut de la magistrature de nature à réduire les « zones d'ombre » de l'inamovibilité doit être envisagée... (La notion « d')affectation nouvelle »...est trop étendue dans le sens étroit d'affectation géographique (à une juridiction), ce qui ne s'oppose pas en droit à ce que, par des artifices, des affaires soient confiées à d'autres magistrats, par exemple au moyen de changements d'affectation à l'intérieur d'une même juridiction : la répartition interne des fonctions (et des dossiers pour des juges exerçant les mêmes fonctions) devrait participer aussi de l'indépendance organique des juges »²⁵⁷⁹.

Si aucun système de droit comparé ne paraît, à ce jour, consacrer explicitement une telle conception de l'inamovibilité, force est de constater que certains d'entre eux prennent soin de prévoir l'intervention d'une autorité indépendante dans la mise en œuvre du principe de préconstitution. C'est ainsi qu'en Autriche, l'article 87 (3) de la Loi constitutionnelle fédérale dispose que : « Les affaires sont réparties à l'avance entre les juges du tribunal, pour une période déterminée par la loi sur l'organisation

²⁵⁷⁶ Y. Patureau, *Magistrature et démocratie en Europe (Colloque international de Lille, 10-12 février 1983)*, La vie administrative, 1983, p. 70.

²⁵⁷⁷ Cf. Partie II, titre I, chapitre 1 de la thèse.

²⁵⁷⁸ P. Soler-Couteaux, *L'arrêt Pacaud, contribution au déclin...*, *op. cit.*, p. 115.

²⁵⁷⁹ F. Kernaleguen, *Institutions judiciaires*, LexisNexis-Litec, 4^e éd., 2008, p. 41.

judiciaire. Toute affaire ainsi attribuée ne peut lui être retirée par une décision de la chambre prévue à cet effet par la loi sur l'organisation judiciaire que dans le cas de son empêchement ou dans le cas où, en raison de l'ampleur des affaires à sa charge, il est empêché de les régler dans un délai raisonnable ». Certes, cette disposition ne prévoit pas la compétence d'un organe central, comme le serait un Conseil de la justice. Mais cette lacune suppose d'être minorée s'agissant d'un pays dépourvu d'une telle institution, et possédant des garanties organiques alternatives. En effet, tandis que la répartition des affaires au sein d'une juridiction se trouve assurée en amont, par une chambre du tribunal, les juges peuvent uniquement être dessaisis en aval, par une chambre juridictionnelle²⁵⁸⁰. De même en Italie, le Conseil supérieur de la magistrature a progressivement développé à partir de la fin des années 1960, sur le fondement du principe constitutionnel du « juge naturel », un système de tableaux (*tabele*) de juridiction destinés à encadrer par avance : l'affectation des magistrats ; la structure individuelle ou collégiale des formations ; l'attribution des affaires ; et les modalités de remplacement des juges empêchés. Initialement créé par voie de circulaires du Conseil, ce système a ensuite été consacré par les articles 7 *bis* et 7 *ter* de l'arrêté royal n° 12/ 1941 du 30 janvier 1941, portant respectivement sur les « *tableaux des juridictions du siège* » et les « *critères pour l'attribution des affaires et le remplacement des juges empêchés* ». Cette implication du Pouvoir réglementaire gouvernemental n'a cependant pas totalement occulté celle du Conseil supérieur de la magistrature, comme l'illustre par exemple sa circulaire du 17 juillet 2008, relative à la formation des tableaux du siège pour la période triennale 2009-2011. Le rôle imparti à cette institution continue à revêtir un caractère central dans l'établissement individuel de ces tableaux, dans la mesure où ceux-ci sont proposés par le chef de chaque juridiction et « *approuvé(s) par le CSM à la suite d'une procédure, qui implique tous les magistrats et les Conseils judiciaires* »²⁵⁸¹.

Cette idée de l'intervention d'une autorité centrale indépendante dans la mise en œuvre du « droit au juge naturel », a, pour clore sur cet aspect, reçu un accueil favorable dans les travaux des instances consultatives du Conseil de l'Europe. A l'occasion de sa Recommandation n° R (2010) 12 de 2010, le Comité des ministres a effectivement estimé que, en amont : « *La répartition des affaires au sein d'un tribunal devrait obéir à des critères objectifs préétablis, de manière à garantir le*

²⁵⁸⁰ O. Pfersmann, *Autriche*, in T. S. Renoux (dir.), *Le statut constitutionnel des juges du siège...*, *op. cit.*, p. 103.

²⁵⁸¹ M. G. Civinini, *Le statut du magistrat...*, *op. cit.*, pp. 19-20. Voir également : Consiglio superiore della magistratura, *Il sistema giudiziario...*, *op. cit.*, p. 123 ; A. Pizzorusso, *La nature des Conseils de la magistrature en Europe*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs...*, *op. cit.*, pp. 32-33.

droit à un juge indépendant et impartial »²⁵⁸². En ce sens, il avait déjà suggéré seize ans plus tôt, dans sa Recommandation n° R (94) 12 de 1994, que cette distribution soit faite : « *par exemple, ... par tirage au sort ou selon une répartition automatique suivant l'ordre alphabétique ou un système analogue* »²⁵⁸³. Or, si le recours à un tel mécanisme n'implique pas l'intervention directe d'un Conseil de la justice, pour l'attribution au cas par cas de chaque affaire, il peut en revanche conduire à une sollicitation indirecte de celui-ci. Le système italien déjà étudié offre une excellente illustration en la matière, puisque le Conseil supérieur de la magistrature est appelé à agir à la fois en amont, pour encadrer réglementairement et valider individuellement les tableaux de juridiction, et en aval, pour connaître des contestations relatives à l'application de ces derniers. Concernant le second temps d'intervention, situé en aval du processus de répartition, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe est d'ailleurs allé plus avant que l'Italie dans le contenu de ses préconisations. Dès 1994, il a effectivement formulé trois exigences complémentaires. Tout d'abord, un « *juge ne peut être dessaisi d'une affaire sans juste motif* ». Ensuite, toute « *raison ainsi que les procédures de dessaisissement devraient être prévues par la loi et ne devraient pas être influencées par tout intérêt du gouvernement ou de l'administration* ». Enfin, élément le plus important au regard de la présente étude, une « *décision tendant à dessaisir un juge d'une affaire devait être prise par une autorité jouissant de la même indépendance sur le plan judiciaire que les juges* »²⁵⁸⁴. Seize ans plus tard, dans sa Recommandation n° R (2010) 12 précitée, l'instance consultative a entendu conforter la centralité attachée à cette troisième exigence, en prévoyant qu'une décision de dessaisissement : « *devrait être prise par une autorité relevant du système judiciaire sur la base des critères objectifs préétablis et au moyen d'une procédure transparente* »²⁵⁸⁵.

2°) Une protection horizontale contre les mesures d'éviction

619. A travers la notion de « protection horizontale » contre le risque d'éviction arbitraire, il appartient d'envisager ici, la protection afférente aux catégories de mesures individuelles qui, énumérées dans les définitions positives de l'inamovibilité, échappent à la compétence discrétionnaire du Pouvoir politique. Dans le système européen-continental, il s'agit traditionnellement, ainsi que l'illustrent les dispositions constitutionnelles des « grandes démocraties » que sont

²⁵⁸² Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12..., *op. cit.*, § 24.

²⁵⁸³ Comité des ministres, Recommandation n° R (94) 12..., *op. cit.*, Principe I. 2. e.

²⁵⁸⁴ *Ibid.*, Principe I. 2. f.

²⁵⁸⁵ Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12..., *op. cit.*, § 9.

l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne, des mesures de révocation, de suspension, de mutation, de déplacement, d'affectation, de décharge ou de mise à la retraite²⁵⁸⁶. Ce faisant, la première remarque qui mérite d'être formulée à l'encontre de cette énumération, tient à son caractère partiel. Seules certaines catégories de mesures dont la mise en œuvre est susceptible de conduire à l'éviction du magistrat, se trouvent ici mentionnées. Or, cette liste fait parfois l'objet d'une interprétation limitative, aboutissant à l'exclusion du champ de protection de l'inamovibilité, des mesures susceptibles d'aboutir directement ou indirectement au même résultat. A cela deux explications complémentaires. Associée à une garantie du passé ou gravée dans le marbre des Constitutions, la définition de l'inamovibilité est trop souvent restée figée dans une acception tirée de la première moitié du XIXe siècle ou de l'Ancien Régime, au lieu d'être adaptée aux évolutions de son environnement et des nouvelles contraintes pesant sur les magistrats. Ensuite, trop longtemps associée aux compétences complémentaires d'un organe juridictionnel en matière disciplinaire, et du magistrat lui-même dans les autres domaines, la définition de l'inamovibilité n'a pas toujours paru devoir être modifiée pour tirer les conséquences de l'essor des Conseils de la justice en Europe.

Pourtant, l'idée que la protection de l'inamovibilité ne devrait pas se résumer aux seuls cas sus-évoqués, a pu être explicitement défendue par une institution telle que le Tribunal constitutionnel polonais qui, dans un arrêt du 24 juin 1998, a jugé que : « *le principe d'inamovibilité des juges exclut la possibilité d'accorder à l'instance dirigeante le droit de rendre des décisions concernant tout aspect du statut juridique du juge* »²⁵⁸⁷. De manière plus générale, mais aussi plus transparente, cette conception ressort également du souci de voir instauré, à travers la mise en place d'un Conseil de la justice, « *un écran entre le magistrat du siège inamovible et l'exécutif et le pouvoir politique* »²⁵⁸⁸. Nul doute qu'il devrait alors s'agir d'un écran suffisamment étendu, s'agissant de la protection contre les mesures prises par le Pouvoir. L'objectif poursuivi dans la présente étude, n'est cependant pas de chercher à dresser une liste exhaustive des mesures d'éviction devant être couverte par l'inamovibilité, mais plus raisonnablement de signaler certaines de celles qui mériteraient prioritairement de venir compléter l'énumération traditionnelle évoquée. Il en va ainsi, d'une part, des mesures d'évictions qui sont indirectement appréhendées par l'inamovibilité, et dont le prononcé se trouve soumis aux garanties

²⁵⁸⁶ Article 98 (2) de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949, article 107 de la Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947, et article 117 (2) de la Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978.

²⁵⁸⁷ Tribunal constitutionnel polonais, décision n° K3/98 du 24 juin 1998, Codices POL-19998-2-014.

²⁵⁸⁸ J. Fourcade, DPS, vol. II, p. 156.

organiques traditionnelles ou à l'intervention d'un Conseil de la justice. Il en va de même, sur le modèle juridique anglo-saxon, des mesures qui ont trait à la situation financière du magistrat. Au-delà, et en raison de l'impossibilité de procéder à une énumération exhaustive des mesures d'éviction, il pourrait être envisagé de pallier à cette lacune en complétant la définition de l'inamovibilité, par la prévision d'un recours *a posteriori* devant le Conseil de la justice.

620. Les mesures conservatoires non destinées à sanctionner un comportement fautif et les mesures d'avancement, ont pour trait commun, dans la plupart des pays de culture européenne-continentale, de n'être qu'indirectement saisies par l'inamovibilité. Associées à des mesures d'éviction entrant expressément dans le champ de protection de cette dernière, elles bénéficient seulement « par ricochet », des garanties organiques afférentes. Pourtant, les garanties traditionnelles offertes par la règle du consentement préalable et la compétence d'une juridiction, peuvent se révéler inappropriées pour protéger le magistrat dans le cadre du prononcé de telles mesures. Le moyen d'y remédier réside, semble-t-il, dans une appréhension directe et adéquate de ces mesures par l'inamovibilité, qui pourrait justement ressortir du rôle croissant attribué au Conseil de la justice en la matière.

S'agissant tout d'abord de l'avancement, celui-ci est en effet, dans la lettre du droit français, uniquement envisagé à travers la lettre de l'inamovibilité de résidence. Or, cette dernière prévoit, pour reprendre sa définition rappelée, depuis 1958, par l'article 4 du Statut organique, que : « *le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* ». Cela signifie concrètement que les mesures prises en la matière, sont soumises au même régime que celui applicable aux mesures d'affectation. Le magistrat ne peut faire l'objet d'un avancement auquel il n'a pas consenti. Dans ces conditions, avant que n'ait été créé un Conseil supérieur de la magistrature, et avant que celui-ci n'ait été en mesure de jouer un rôle significatif dans l'affectation des magistrats, l'inamovibilité a pu à juste titre être perçue comme une protection illusoire. Ecartelée entre le devoir moral de protéger l'indépendance et l'impartialité de sa fonction, et son souci de pouvoir bénéficier d'un avancement attendu, une majorité des magistrats, Hommes avant tout, était instinctivement plus encline à faire primer son intérêt personnel sur celui de la justice. La seule garantie certaine contre l'arbitraire résidait alors, dans les garanties de carrière relatives à l'avancement, parmi lesquelles l'intervention d'une commission d'avancement. Pour autant, cet état du droit a été amené à évoluer avec la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993. Toutes les nominations de magistrats du siège non soumises à la proposition préalable du Conseil supérieur de la magistrature, sont passées du régime de l'« avis simple » à celui de l'« avis conforme ». Par ricochet, toutes les promotions du second au premier grade, et toutes les promotions dans un poste hors hiérarchie, se sont donc trouvées subordonnées, au

minimum, à un avis conforme du Conseil. Ce faisant, les textes ont rejoint les exigences du Conseil de l'Europe, que la Charte européenne sur le statut des juges a, en 1998, énoncé de la manière suivante : « *Les décisions de promotion sont...prononcées par l'instance (indépendante) ou sur sa proposition, ou avec son accord* »²⁵⁸⁹. La seule exception qu'ait connue cette évolution de la compétence du Conseil supérieur de la magistrature, concerne l'avancement d'échelon. Cependant, il convient de rappeler que celui-ci relève de la règle de l'ancienneté, classiquement regardée comme une garantie certaine contre l'arbitraire²⁵⁹⁰.

Concernant ensuite les mesures conservatoires n'ayant pas pour objet de sanctionner un manquement fautif, celles-ci ont traditionnellement relevé, en l'absence de dispositifs appropriés, des mécanismes disciplinaires applicables aux magistrats du siège. Or, si l'intervention d'une juridiction constitue en temps normal, dans la définition de l'inamovibilité, une garantie importante contre le Pouvoir politique, elle tend en revanche à revêtir, dans les circonstances étudiées, un caractère infamant et disproportionné. Il en va ainsi par exemple, de la mutation d'office prononcée contre le magistrat du siège qui, placé dans une situation « *d'incompatibilité non fautive vis-à-vis d'une situation objective* »²⁵⁹¹, ne serait plus en mesure d'exercer ses fonctions de manière objective au sein de sa juridiction d'appartenance. En France, l'absence de mécanisme adéquat conduit les autorités de poursuite et l'autorité disciplinaire, à osciller, tantôt en faveur de l'inaction, tantôt au profit de l'engagement de la responsabilité disciplinaire du magistrat. En Italie en revanche, comme l'ont révélé des développements antérieurs, le législateur a pris soin de confier l'intégralité de cette compétence au Conseil supérieur de la magistrature, intervenant dans le cadre d'une procédure spéciale à caractère administratif. De la même façon, le droit français a longtemps manqué d'une procédure spécifique, afin d'apporter une réponse adéquate à la situation des magistrats dont l'état de santé apparaissait incompatible avec l'exercice de leurs fonctions. Jusqu'en 2007, la seule manière de trouver une issue suffisamment rapide à une telle situation d'incompatibilité, reposait, « *dans l'attente de la suspension décidée par une commission médicale* »²⁵⁹², sur la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire. Or, s'agissant du traitement de cas pathologiques déconnectés de toute

²⁵⁸⁹ Charte européenne..., *op. cit.*, § 4.1.

²⁵⁹⁰ *Ibid.* Voir également : CSM, rapport annuel d'activité 2004-2005, *op. cit.*, p. 120.

²⁵⁹¹ M. G. Civinini, *Le statut du magistrat...*, *op. cit.*, p. 15.

²⁵⁹² Audition de P. Clément, garde des Sceaux, ministre de la justice, par la Commission des lois de l'Assemblée nationale. Voir : J.-J. Hyst, rapport n° 176 fait au nom de la Commission des lois portant sur le projet de loi organique relatif au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, Sénat, 24 janvier 2007, p. 40.

faute, le recours à un à tel mécanisme fut largement critiqué pour sa disproportion manifeste. Auditionné en 2006 par la Commission d'enquête sur l'affaire dite d'« *Outreau* », le Président du tribunal de grande instance de Paris, Jean-Claude Magendie, avait ainsi pu déclarer : « *Il n'est pas supportable qu'il n'existe, pour ces magistrats, qu'un traitement disciplinaire alors que leur situation relève du domaine médical. Il conviendrait d'apporter remède à cette situation* »²⁵⁹³. Le remède demandé a finalement été apporté par la loi organique du 6 mars 2007. Le nouvel article 69 du Statut organique donne compétence au garde des Sceaux, lorsqu'il constate qu'un état de santé semble empêcher un magistrat d'exercer normalement ses fonctions, pour saisir le comité médical national en vue de l'octroi d'un congé maladie. Dans l'attente de l'avis de ce comité, il peut « *suspendre l'intéressé, après avis conforme de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature* », sachant que le magistrat a droit à la communication de son dossier et à la possibilité d'être entendu et de faire entendre le médecin de son choix. Mais des progrès restent à accomplir sur ce point, puisque, quatre ans après l'entrée en vigueur de la loi, le décret d'application de ce dispositif reste encore en attente de parution.

621. Au-delà des mesures qui viennent d'être étudiées, et qui ont la particularité d'être indirectement saisies par les approches européennes continentales de l'inamovibilité, il convient de s'intéresser à des mesures dont le traitement est éludé par les pays relevant de ce modèle, mais revêt une importance cruciale dans les Etats de culture anglo-saxonne. Il s'agit des mesures relatives à la situation financière des magistrats. En effet, cette question a pu être partiellement occultée, dans des pays tels que la France, aussi longtemps que l'inamovibilité s'est trouvée confortée par la patrimonialité des offices et le système des épices, sous l'Ancien Régime, et par la logique du « magistrat propriétaire », pendant une partie du XIXe siècle. En revanche, nul doute qu'elle a commencé à revêtir une acuité croissante pour le respect de cette garantie, à partir du moment où l'Etat a décidé de sanctionner les comportements vénaux des magistrats ou de prendre lui-même en charge leur rémunération sur les fonds publics. La modulation de la situation financière des magistrats s'est dès lors révélée une technique de subordination et d'éviction des magistrats, tout aussi efficace que le recours plus visible et contesté à des mesures directes comme la révocation ou le déplacement d'office. Les développements qu'a consacrés le Premier président de la cour d'appel de Paris, Marcel Rousselet, à « *La pauvreté chez les magistrats* », dans son *Histoire de la magistrature française* de

²⁵⁹³ Audition de J.-C. Magendie, président du tribunal de grande instance de Paris, par la Commission d'enquête sur l'affaire dite d'« *Outreau* ». Voir : P. Houillon, rapport n° 3499 fait au nom de la Commission des lois portant sur le projet de loi organique relatif à la formation et à la responsabilité des magistrats, Assemblée nationale, 6 décembre 2006, p. 30.

1957²⁵⁹⁴, l'illustre avec force. En atteste également le profit qu'ont pu tirer les monarques britanniques, avant 1701, de cette situation dans laquelle les juges étaient contraints de recourir à la corruption pour compenser la faiblesse de leur traitement, au risque de voir leur comportement sévèrement réprimé selon le bon vouloir de la couronne²⁵⁹⁵.

Ce sont ces dernières circonstances qui ont conduit le Parlement britannique, après une tentative avortée au moment de la rédaction du *Bill of Rights* de 1689, à insérer dans l'*Act of settlement* de 1701, un article III alinéa 8 prévoyant que les : « *judges commissions be made quam diu se bene gesserint and their salaries ascertain'd and established but upon the address of both houses of parliament it may be lawfull to remove them* ». La Haute institution consacrait ainsi dans sa définition de l'inamovibilité, la règle suivant laquelle le traitement d'un juge supérieur, « *fixé et établi* » par la loi, ne peut être réduit par le Pouvoir exécutif. En ce sens, le *Senior Courts Act* de 1981 actuellement en vigueur, vient expressément préciser que le *Lord Chancellor* peut uniquement, en accord avec le ministre de la fonction publique, augmenter le salaire des juges, en partant du socle minimal arrêté par le législateur au moment de l'entrée en vigueur du texte²⁵⁹⁶. S'inspirant du système anglais, les autres représentants principaux du modèle anglo-saxon sont à leur tour venus affirmer ce principe, en prenant soin de le placer immédiatement après l'énoncé de la formule traditionnelle de l'inamovibilité. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, l'article III Section 1 de la Constitution de 1787 proclame que les juges fédéraux : « *recevront, à échéances fixes, une indemnité pour leurs services qui ne sera pas diminuée tant qu'ils resteront en fonction* ». De même en Australie, l'article 72 de la Constitution du *Commonwealth* de 1900, affirme que les juges de la *High Court* et des cours créées par le Parlement : « *Recevront le salaire fixé par le Parlement ; leur salaire ne pourra pas être diminué pendant la durée de leur charge* ». En Afrique du Sud, c'est encore l'article 176 (3) de la Constitution de 1996 qui prévoit que : « *Les salaires, indemnités et allocations des juges ne peuvent être réduits* ». Et au Canada, enfin, l'article 100 de la Loi constitutionnelle de 1867 dispose que : « *Les salaires, les allocations et les pensions des juges de cours supérieures, de district et de comté...et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont alors salariés, seront fixés et payés par le parlement du Canada* ». Sans doute, cette dernière disposition n'indique-t-elle pas, à l'image du Royaume-Uni, que le

²⁵⁹⁴ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, op. cit., t. 2, pp. 224-227.

²⁵⁹⁵ Lord justice Brooke, Court of appeal of England, *Judicial independence – Its history in England and wales*, in Helen Cunningham (ed.), *Fragile bastion – Judicial independence in the nineties and beyond*, Judicial commission of New south Wales, Sydney, 1997, www.judcom.nsw.gov.au.

²⁵⁹⁶ Section 12 du *Senior Courts Act (1981)* C. 54.

traitement des juges ne pourra pas être réduit en cours de mandat. Cependant, cette lacune a été en partie comblée par la Cour suprême du Canada qui, comme pour l'inamovibilité *stricto sensu*, a entendu interpréter la sécurité financière, érigée au rang de « *deuxième condition essentielle de l'indépendance judiciaire* », à l'aune des exigences de l'alinéa 11 d) de la Charte canadienne des droits et libertés de la personne. Ce faisant, elle a dans un premier temps réaffirmé le principe de la compétence législative, en jugeant, dans son arrêt « *Valente* » de 1985, que : « *Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire. Dans le cas de la pension, la distinction essentielle est entre un droit à pension et une pension qui dépend du bon vouloir ou des bonnes grâces de l'exécutif* »²⁵⁹⁷. Puis, elle est venue dans un second temps encadrer la liberté du législateur en posant, à l'occasion de son arrêt « *Renvoi relatif à la rémunération des juges* » de 1997, trois règles impératives. D'une part, les traitements des juges ne peuvent être « *réduits, haussés ou bloqués* », sans recours à un « *processus particulier – indépendant, efficace et objectif – qui permette de fixer cette rémunération tout en évitant la possibilité d'ingérence politique* ». D'autre part, il est interdit à « *la magistrature – non seulement collectivement...mais également à titre individuel – d'entamer avec l'exécutif ou des représentants de la législature des négociations concernant sa rémunération* ». Enfin, la Cour a jugé que toute réduction du traitement des juges, « *y compris...de facto résultant de leur érosion par l'inflation, ne doit pas avoir pour effet de les abaisser sous le minimum requis par la charge des juges* »²⁵⁹⁸.

Le principe d'une telle garantie a reçu un écho favorable au niveau du Conseil de l'Europe, comme l'attestent les travaux réalisés par ses différentes instances consultatives depuis le début des années 1990. En ce sens, la Recommandation n° R (94) 12 du Comité des ministres préconisait déjà que la rémunération des juges soit « *garantie par la loi* » et soit « *à la mesure de la dignité de leur profession et des responsabilités qu'ils assument* »²⁵⁹⁹. Dans son Avis n° 1 de 2001 sur les normes relatives à l'indépendance et à l'inamovibilité des juges, le Conseil consultatif de juges européens est allé plus loin en suggérant de : « *fixer les dispositions légales spécifiques garantissant les salaires des juges qui protégeraient ces salaires contre les réductions et qui assureraient de facto l'augmentation des salaires en fonction du*

²⁵⁹⁷ Cour suprême du Canada, arrêt du 19 décembre 1985, « *Valente c. La Reine* », [1985] 2 R.C.S. 673, § 40.

²⁵⁹⁸ Cour suprême du Canada, arrêt du 18 septembre 1997, « *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la cour provinciale de IPE* », [1997] 3 R.C.S. 3, § 133-135.

²⁵⁹⁹ Comité des ministres, Recommandation n° R (94) 12..., *op. cit.*, Principes I.2.b.ii et III.1.b.

coût de la vie »²⁶⁰⁰. Cette position s'est depuis lors encore affinée, et dans sa Recommandation n° R (2010) 12 sur les juges, le Comité des ministres est de nouveau venu affirmer que : « *La rémunération des juges devrait être...de niveau suffisant pour les mettre à l'abri de toute pression visant à influencer sur leurs décision* », et que : « *Des dispositions légales spécifiques devraient être introduites pour se prémunir contre une réduction de rémunération visant spécifiquement les juges* »²⁶⁰¹. Or, s'il est vrai que les instruments émanant du Conseil de l'Europe sont dépourvus d'effet contraignant, force est de souligner qu'un Etat tel que la Grèce, situé à mi-chemin des cultures européenne-continentale et anglo-saxonne, est venu devancer ceux-ci dans la mise en œuvre de leurs préconisations. En effet, l'article 88 (2) de la Constitution hellénique prévoit dans un premier alinéa que : « *La rémunération des magistrats est en proportion de leur fonction. Les modalités de leur avancement de grade et de traitement...sont réglées par des lois spéciales* ». Et l'alinéa suivant retient que : « *En dérogation (du droit commun), les litiges relatifs aux rémunérations de tout type et aux retraites des magistrats, et dans la mesure où la solution des questions juridiques relatives peut influencer sur le statut des rémunérations, de la retraite et de la fiscalité d'un cercle plus large de personnes, sont jugés par la cour spéciale de l'article 99* ». Ces deux dispositions ont pour principal intérêt de paraître établir un pont entre, d'une part, le principe anglo-saxon de la sécurité financière, et, d'autre part, le principe européen-continental de la compétence d'une juridiction en matière disciplinaire. Or, ce qui est ici intéressant, et qui vient plaider en faveur d'une intégration de la sécurité financière dans la définition européenne-continentale de l'inamovibilité, tient au fait que certains des pays anglo-saxons ont confié dans ce domaine, un rôle décisif à une juridiction ou à une autorité centrale indépendante. Tel est le cas de l'Australie, où le *Remuneration Tribunal Act* de 1973 a établi un Tribunal des rémunérations compétent pour prendre des décisions en matière de rémunération, sous réserve que celles-ci ne soient pas rejetées par le Parlement dans le délai d'examen prévu à cet effet. Mais il en va surtout ainsi au Canada, où le *Judges Act* de 1985 prévoit l'existence d'une Commission d'examen de la rémunération des juges : « *chargée d'examiner la question de savoir si les traitements et autres prestations prévues par la présente loi, ainsi que, de façon générale, les avantages pécuniaires consentis aux juges sont satisfaisants* ». Cette instance s'analyse précisément comme un organe « *indépendant, efficace et objectif* »²⁶⁰², dont le recours est « *requis par...la*

²⁶⁰⁰ CJCE, Avis n° 1 (2001)..., *op. cit.*, § 62

²⁶⁰¹ Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12..., *op. cit.*, § 54.

²⁶⁰² Cour suprême du Canada, arrêt du 18 septembre 1997, « *Renvoi relatif à la rémunération...*, *op. cit.*, § 133.

Constitution »²⁶⁰³, et dont la mission est de s'« *interposer entre le législateur, l'exécutif et les magistrats...pour négocier les salaires des juges* »²⁶⁰⁴. Ce faisant, et bien que cantonnée à un domaine particulier, elle n'est pas sans rappeler l'institution européenne-continente du Conseil de la justice. Cette analogie peut d'ailleurs sembler confortée, pour conclure sur ce point, par l'importance attachée au respect des avis d'une telle instance. En effet, ainsi que l'a jugé la Cour suprême, dans son arrêt « *Renvoi relatif à la rémunération des juges* » de 1997 : « *même si elles ne sont pas obligatoires, (ses) recommandations ne devraient pas être écartées à la légère, et si l'exécutif ou la législature décident de ne pas les suivre, ils doivent justifier cette décision, au besoin devant une cour de justice* »²⁶⁰⁵.

622. A ce stade des développements sur l'idée d'une « protection horizontale » contre le risque d'éviction arbitraire, il convient de rappeler qu'il ne s'agissait pas ici d'établir une liste exhaustive des mesures devant être incluses dans la définition de l'inamovibilité. Une telle énumération paraît illusoire, et il avait plutôt été suggéré, en contrepartie, de prévoir l'intégration complémentaire d'une faculté de recours devant le Conseil de la justice. Cette idée d'une garantie « balai » contre les mesures d'éviction non expressément appréhendées par l'inamovibilité, bien qu'elle ne soit pas traditionnellement associée à cette dernière garantie, bénéficie en effet d'un soutien marqué dans les textes émanant du Conseil de l'Europe. C'est ainsi que la Charte européenne sur le statut des juges de 1998 dispose, dans son principe 1.4, que : « *Le statut offre à tout juge ou à toute juge qui estiment que leurs droits statutaires, ou plus généralement leur indépendance ou celle de la justice sont menacés ou méconnus d'une manière quelconque la possibilité de saisir une instance indépendante disposant de moyens effectifs pour y remédier ou pour proposer d'y remédier* »²⁶⁰⁶. Or, comme l'explique l'exposé des motifs de la Charte, à l'appui de ce droit au recours : « *L'intervention de l'instance indépendante dans toute décision concernant le statut individuel du juge ou de la juge ne couvre pas forcément toutes les hypothèses où l'indépendance de ceux-ci peut se trouver affectée, et il est*

²⁶⁰³ « *Pour assurer l'indépendance de la magistrature, il faut recourir à un organisme indépendant chargé de fixer ou de recommander les niveaux de rémunération des juges, analogue à ceux qui existent dans de nombreuses provinces ainsi qu'à l'échelon fédéral. Ces organismes sont souvent appelés des commissions et, par souci de commodité, nous appellerons également commission l'organisme indépendant requis par l'al. 11d). Les gouvernements (provinciaux et fédéral) sont tenus par la Constitution de recourir à ce processus* ». *Ibid.*, § 133.

²⁶⁰⁴ N. Duplé, *Les interventions externes...*, *op. cit.*, p. 92.

²⁶⁰⁵ Et d'ajouter : « *le gouvernement qui propose d'imposer spécifiquement aux juges, en tant que catégorie particulière, une réduction de traitement aura un lourd fardeau de justification à respecter* ». Cour suprême du Canada, arrêt du 18 septembre 1997, « *Renvoi relatif à la rémunération...*, *op. cit.*, § 133.

²⁶⁰⁶ Charte européenne sur le statut des juges..., *op. cit.*, Principe 1.4.

indispensable que la saisine de cette instance puisse aussi intervenir sur l'initiative du juge ou de la juges eux-mêmes »²⁶⁰⁷. L'intérêt de voir consacrée une telle garantie complémentaire, a depuis lors été réaffirmé par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, celui-ci ayant pris soin de distinguer cette faculté de recours devant l'autorité centrale indépendante compétence en matière d'éviction, du droit à un tribunal indépendant et impartial découlant de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de 1950. Le § 8 de la Recommandation R (2010) 12 de 2010 précise effectivement que : « *Lorsque les juges estiment que leur indépendance est menacée, ils devraient pouvoir se tourner vers le conseil de la justice ou vers une autre autorité indépendante, ou disposer de voies effectives de retour* »²⁶⁰⁸. Pour conclure sur ce point, il convient peut-être de souligner les limites d'une telle formulation. La lettre du § 8 précité paraît laisser entendre l'existence d'une alternative entre le recours devant l'autorité centrale indépendante et le recours juridictionnel, alors qu'il aurait pu être judicieux de prévoir leur complémentarité, la première devant permettre d'offrir un palliatif à la durée de mise en œuvre de la seconde.

§ 2 . Une adaptation du pouvoir d'éviction au détriment du Pouvoir politique

623. L'idée de faire d'un organe central indépendant, la pierre angulaire de l'inamovibilité, ne constitue cependant pas une précaution suffisante vis-à-vis des velléités d'immixtion du Pouvoir. Dans son Avis de 2003 sur les amendements constitutionnels réformant le système judiciaire en Bulgarie, la Commission de Venise formulait d'ailleurs une mise en garde contre les travers d'une telle croyance. Selon l'instance consultative du Conseil de l'Europe : « *en renforçant le pouvoir du Conseil suprême de la magistrature en ce qui trait à l'inamovibilité des juges sans prendre de mesures adéquates en contrepartie pour dépolitiser cet organe, on ne fait que maintenir, et même élargir, son champ d'influence politique en ce qui concerne la révocation des juges* »²⁶⁰⁹. Quatre ans plus tard, interrogé sur l'essor des Conseils supérieurs ou nationaux de la magistrature dans les pays de l'AHJUCAF, le Professeur Fall soulignait à son tour les conséquences préjudiciables de cette croyance pour la crédibilité de l'institution. Après avoir rappelé l'importance attachée à la mise en place de cette dernière, théoriquement conçue comme un gage

²⁶⁰⁷ Exposé des motifs de la Charte européenne sur le statut des juges..., *op. cit.*, Principe 1.4.

²⁶⁰⁸ Comité des ministres, Recommandation R (2010) 12..., *op. cit.*, § 8.

²⁶⁰⁹ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis CDL-AD (2003) 16 sur les amendements constitutionnels réformant le système judiciaire en Bulgarie, Conseil de l'Europe, 12 décembre 2003, p. 5.

d'indépendance et de bonne administration de la justice, celui-ci constatait malgré tout que : « *les observateurs sont unanimes pour constater l'existence de dysfonctionnements au sein de cet important organe qui ne cesse de susciter débats et projets de réforme* ». L'auteur ajoutait alors : « *Les divers Conseils...sont généralement suspectés de connivence avec le pouvoir en place* »²⁶¹⁰. Ce paradoxe, particulièrement nuisible pour la crédibilité et la pérennité de l'institution concernée, tient à ce que l'Avocat Soulez Larivière a pu désigner sous le nom de « *torture binaire* ». Le système juridictionnel serait sans cesse écartelé entre, d'une part, l'écueil du « *jacobinisme* », et, d'autre part, celui du « *corporatisme* »²⁶¹¹. En France, le Pouvoir est tout particulièrement empreint de cette crainte qu'un désengagement trop important du Conseil supérieur de la magistrature, rendrait l'institution juridictionnelle vulnérable à un retour des parlements d'Ancien Régime. Dans ce contexte, le respect de l'inamovibilité apparaît tributaire d'une modulation du pouvoir d'éviction, afin de parer au grief corporatiste, et par contrecoup, conjurer le risque politique. La solution semble ici résider, à la fois dans une adaptation de la composition de l'organe central compétent en matière d'éviction (**A**), et dans la prévision complémentaire d'un mécanisme de responsabilité spécifique, chargé de connaître des manquements politiques des magistrats (**B**).

A . Une composition équilibrée de l'organe d'éviction pour parer le grief corporatiste

624. Il s'agit d'abord de déterminer qui peut connaître de la situation des magistrats à raison de leurs fonctions juridictionnelles, sachant que, comme le soulignait pour sa part le Professeur Duplé : « *La composition de l'organe (d'éviction) ainsi que le processus de désignation de ses membres sont de nature à renseigner quant à l'étendue de la garantie d'inamovibilité dont jouissent les magistrats* »²⁶¹². Dans ce cadre, une approche de l'inamovibilité axée sur l'indépendance du magistrat, implique traditionnellement de favoriser la compétence d'une instance fermée, composée uniquement de pairs (**1°**). Cependant, le souci de prémunir cet organe contre la critique « corporatiste », conforté par une approche de l'inamovibilité tournée vers un objectif d'impartialité du magistrat, paraît privilégier la tendance contemporaine en faveur d'une composition ouverte et paritaire (**2°**).

²⁶¹⁰ A. B. Fall, *Les menaces internes*, AHJUCAF, *L'indépendance...*, op. cit., p. 58-59.

²⁶¹¹ D. Soulez Larivière, *Justice : une réforme écartelée*, Libération, 6 août 1998.

²⁶¹² N. Duplé, *Les interventions externes qui menacent l'indépendance et l'impartialité de la justice*, AHJUCAF, *L'indépendance...*, op. cit., p. 91.

1°) Le principe d'une composition fermée dans une logique d'indépendance

625. Amenée à prendre la parole sur le respect de l'essence de l'inamovibilité, lors du Congrès de l'AHJUCAF de 2007 consacré à *L'indépendance de la justice*, le Professeur Duplé opinait de la manière suivante : « *La meilleure garantie dont (les magistrats) puissent bénéficier résulte sans aucun doute du fait que l'organisme disciplinaire soit formé de juges désignés par leurs pairs* »²⁶¹³. Il rejoignait ainsi le constat qu'avait opéré le Professeur Eisenmann en 1961, d'après lequel : « *Dans les pays occidentaux, on ne considère l'indépendance morale du juge comme vraiment assurée que si seule une juridiction très élevée exerce ce pouvoir de révocation...le juge ne dépend alors que d'autres juges, qui n'ont plus rien – ou presque plus rien – à attendre du pouvoir, et en tout cas rien à en craindre ; ils sont eux-mêmes indépendants, et on leur fait confiance* »²⁶¹⁴. Ces deux propos, formulés à presque un demi-siècle d'intervalle, à l'occasion de développements afférents à l'inamovibilité, sont révélateur du lien qu'entretient cette dernière garantie avec l'idée d'une composition fermée de l'organe central indépendant. De fait, une telle composition est conforme à l'approche classique de l'inamovibilité, opérée dans le cadre du principe de la séparation des pouvoirs et au regard du principe du jugement par les pairs. Cependant, l'extrême sensibilité dont elle fait l'objet vis-à-vis de la critique « corporatiste », révèle ses limites, au risque de justifier des atteintes à l'inamovibilité et à l'indépendance de l'autorité centrale précitée.

626. Le principe d'un organe d'éviction composé uniquement de magistrats inamovibles, trouve un premier fondement dans le principe de la séparation des pouvoirs. Il convient bien entendu de préciser au préalable, que la conception du principe de la séparation des pouvoirs ici évoquée, est celle en vigueur dans les pays de culture européenne continentale. Or, comme a pu le rappeler le Professeur Eisenmann en 1952, dans une étude relative à *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, ce principe se traduit, s'agissant de l'institution de justice : « *par l'inamovibilité des juges, c'est-à-dire pratiquement l'absence de pouvoir pour le Gouvernement de les révoquer* »²⁶¹⁵. Dans leur manuel de droit constitutionnel, les Professeurs Hamon et Troper procèdent à plusieurs reprises une interprétation analogue, soulignant plus largement que les juges : « *ne doivent pas être révocables,*

²⁶¹³ *Ibid.*, p. 91.

²⁶¹⁴ C. Eisenmann, *La justice dans l'Etat*, op. cit., p. 50.

²⁶¹⁵ C. Eisenmann, *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, Institut de droit comparé de la Faculté de droit de Paris, *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu – Bicentenaire de L'esprit des lois (1748-1948)*, Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 139.

ni par le pouvoir législatif, ni par le pouvoir exécutif»²⁶¹⁶ et que le : « *pouvoir exécutif...ne doit ni les promouvoir, ni les sanctionner, ni a fortiori les révoquer* »²⁶¹⁷. Or, si le principe de la séparation des pouvoirs exclut que les Pouvoirs exécutif et législatifs puissent évincer un magistrat inamovible, il conviendrait *a priori* d'admettre, dans le prolongement de cette logique, qu'un tel magistrat ne devrait pas non plus pouvoir être évincé par un collège dans lequel siègeraient des membres issus de ces Pouvoirs ou de l'administration active. Et, parce que ce magistrat relève précisément de l'institution de justice, la compétence d'éviction devrait être uniquement confiée à des personnes appartenant à cette dernière, à savoir d'autres magistrats. Ce raisonnement peut certes apparaître un peu simpliste, face à la possibilité aujourd'hui admise d'intégrer des « *laïcs* » au sein des Conseils de la justice, ou à la possibilité d'accorder des garanties d'indépendance et d'impartialité appropriées à des « agents du service public » autres que des magistrats.

Toutefois, ce sentiment suppose d'être nuancé. La compétence d'un collège uniquement composé de magistrats, a longtemps constitué une évidence au regard de la séparation des pouvoirs. En atteste notamment la structure du premier Conseil supérieur de la magistrature français qui, créé par la loi du 30 août 1883, correspondait aux chambres réunies de la Cour de cassation. Lors des travaux préparatoires à ce texte, le Député Goblet avait pu affirmer avec une singulière clarté, que : « *Le magistrat est inamovible en ce sens qu'il n'appartient pas au pouvoir de le déposséder. Mais...le magistrat demeure responsable vis-à-vis de ceux de ses collègues que la Loi fondamentale a institués pour exercer l'action disciplinaire* »²⁶¹⁸. Or, si cette conception s'est imposée dès la Révolution française, sur le fondement du principe de la séparation des pouvoirs issu de l'interprétation de l'œuvre de Montesquieu et de l'article 16 de la Déclaration du 4 août 1789, force est de noter qu'elle possédait déjà une certaine assise sous l'Ancien Régime. En effet, à une époque où les magistrats se considéraient « *comme Dieux en terre* »²⁶¹⁹, chargés de l'exercice d'une fonction divine, ils estimaient ne pouvoir être jugés que par les autres magistrats parlementaires, bénéficiaires de cette même qualité. Ce faisant, l'inamovibilité consacrée par l'ordonnance du 21 octobre 1467, se voyait en quelque

²⁶¹⁶ F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Manuel, Paris, 30^e éd., 2007, p. 155. Voir également les pages 96 et 158.

²⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 159.

²⁶¹⁸ Intervention du Député Goblet, JO, Débats parlementaires, Chambre des députés, 25 mai 1883, p. 1054. Cité par A.-M. Mallet, *La responsabilité des juges dans les débats parlementaires de la fin du XIXe siècle*, in AFHJ, *Juger les juges...*, op. cit., p. 175.

²⁶¹⁹ Cité par M.-F. Renoux-Zagamé, *Du juge-prêtre...*, in J.-L. Thireau (dir.), *Le droit entre laïcisation...*, p. 165.

sorte relue à la lumière d'un principe de la séparation des pouvoirs « temporel » et « spirituel ». Enfin, si cette conception a été remise en cause en France, à partir de la Constitution du 27 octobre 1946, il en est allé autrement dans d'autres pays. Tel est le cas de l'Allemagne qui, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, a au contraire entendu réaffirmer, particulièrement en matière disciplinaire, la compétence d'un organe indépendant exclusivement composé de magistrats. Selon l'explication donnée par le Professeur Gas, le recours à des juridictions spécialisées dans ce domaine, avait connu un essor important au XIX^e siècle. Mais : « *En 1937, le troisième Reich... a rompu avec cette tradition en égalisant le droit disciplinaire des fonctionnaires et des juges* »²⁶²⁰. C'est pourquoi, la République fédérale d'Allemagne a accordé une importance significative à la restauration de l'ancien système. Outre l'assise constitutionnelle dont bénéficie le Conseil de discipline des magistrats, en tant qu'organe juridictionnel compétent en matière disciplinaire, celui-ci « *se situe clairement dans le pouvoir judiciaire, c'est-à-dire que ce sont des juges qui ont eux-mêmes le pouvoir de contrôle, (et) de discipline* »²⁶²¹.

627. La seconde raison qui plaide en faveur de la présence exclusive de magistrats au sein de l'organe d'éviction, tient à la relation étroite qu'entretiennent l'inamovibilité et le principe du jugement par les pairs. Comme le déclarait en ce sens Pierre Bézio en 1960, dans une tribune destinée à dénoncer les atteintes portées à l'essence de cette protection en droit français : « *Être jugé par ses pairs n'est-ce pas la plus sûre des garanties ? L'inamovibilité la mieux assurée ne se traduit pas autrement* »²⁶²². Or, ce principe revêt d'abord, dans l'histoire des droits et libertés, une dimension psychologique sur laquelle il convient brièvement de revenir. En effet, dès 1215, il est possible de lire dans l'article 39 de la *Magna Carta* britannique, que : « *Aucun homme libre ne sera arrêté, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, ou déclaré hors-la-loi, ou exilé, ou lésé de quelque manière que ce soit, pas plus que nous n'emploieront la force contre lui, ou enverrons d'autres pour le faire, sans un jugement légal de ses pairs ou selon les lois du pays* ». L'article 21 de ce texte ajoutait en outre que les « *comtes et les barons* », dont il faut rappeler que certains participaient à l'exercice de la justice au sein de la *Curia regis*, ne : « *seront mis à l'amende que par leurs pairs* ». Ces règles qui ont reçu un certain écho dans la France de l'Ancienne Monarchie, à travers les libertés accordées aux corporations de métiers, ont par la suite été reprises par Montesquieu, dans ses développements de

²⁶²⁰ T. Gas, *Les institutions de gestion et de discipline de la carrière des magistrats*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs...*, *op. cit.*, p. 121.

²⁶²¹ T. Gas, *La nature des Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs...*, *op. cit.*, p. 43.

²⁶²² P. Bézio, *op. cit.*, 1960, p. 1.

L'esprit des lois consacrés à *La Constitution d'Angleterre*. Le philosophe y insistait sur la nécessité que : « *les juges soient de la condition de l'accusé, ou ses pairs, pour qu'il ne puisse pas se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de gens portés à lui faire violence* »²⁶²³. Au sein du même chapitre, il écrivait encore, rejoignant d'une certaine manière l'article 21 de la *Magna Carta* britannique, que : « *Les grands sont toujours exposés à l'envie ; et, s'ils étaient jugés par le peuple, ils pourraient être en danger, et ne jouiraient pas du privilège qu'a le moindre des citoyens dans un Etat libre, d'être jugé par ses pairs. Il faut donc que les nobles soient appelés, non pas devant les tribunaux ordinaires de la nation, mais devant cette partie du corps législatif qui est composée de nobles* »²⁶²⁴. Ce faisant, l'auteur reconnaissait non seulement au principe du jugement par les pairs, le caractère d'une garantie fondamentale, mais il admettait également qu'il puisse être adapté dans son étendue, afin de permettre à certains corps de la société de bénéficier d'un juge adéquat.

De fait, l'exception évoquée par Montesquieu vis-à-vis de la noblesse, peut, semble-t-il, trouver une réelle légitimité à être transposée à la situation des magistrats inamovibles. Telle est d'ailleurs l'opinion toujours défendue, en ce début de XXI^e siècle, par la Cour suprême du Canada, dans un contexte local marqué par un important, mais encore récent essor des conseils de la magistrature en matière disciplinaire. La Haute juridiction a en effet jugé, lors de son arrêt « *Therrien* » de 2001, que : « *au nom de l'indépendance de la magistrature, il importe que la discipline relève au premier chef des pairs* »²⁶²⁵. La Cour est ultérieurement venue expliciter cette prise de position, dans son arrêt « *Moreau-Bérubé c Nouveau-Brunswick* » de 2002. Comme l'a alors expliqué le Juge en chef McLachlin : « *les autres juges sont peut-être les seuls à être en mesure d'examiner et de soupeser efficacement l'ensemble des principes applicables, et la perception d'indépendance de la magistrature serait menacée si un autre groupe effectuait cette évaluation. A mon avis, un conseil composé principalement de juges, conscient de l'équilibre délicat entre l'indépendance judiciaire et l'intégrité de la magistrature*²⁶²⁶...est éminemment qualifié pour rendre une décision collégiale au sujet de la conduite d'un juge »²⁶²⁷. Ce jugement paraît parfaitement pouvoir être appliqué, dans l'Hexagone, aux magistrats du siège de l'ordre judiciaire, et ce d'autant plus que le

²⁶²³ Montesquieu, *op. cit.*, première partie, livre XI, chapitre VI, p. 296.

²⁶²⁴ *Ibid.*, p. 301.

²⁶²⁵ Cour suprême du Canada, arrêt du 2 octobre 2001, « *Therrien* », *op. cit.*, § 57.

²⁶²⁶ Cour suprême du Canada, arrêt du 7 février 2002, « *Moreau-Bérubé...* », *op. cit.*, § 60.

²⁶²⁷ *Ibid.*, p. 4.

principe du jugement par les pairs bénéficie à d'autres corps de la haute fonction publique et à la plupart des professions réglementées. D'ailleurs, dans l'arrêt « *Moreau-Bérubé* » précité, le Juge en chef McLachlin prenait soin de souligner l'avantage supplémentaire susceptible de résulter de l'intervention d'un conseil de la magistrature, comprenant certes uniquement des magistrats, mais formellement distinct des autres juridictions composant l'institution judiciaire. Selon lui : « *La conduite des instances disciplinaires par les pairs des juges offre les garanties d'expertise et d'équité que connaissent les officiers de justice, tout en permettant d'éviter la perception de partialité ou de conflit qui pourrait prendre naissance si les juges siégeaient régulièrement en cour pour se juger les uns les autres* »²⁶²⁸.

628. Pourtant, malgré la connexité existante entre le principe d'une composition fermée de l'organe d'éviction, d'une part, et le principe de la séparation des pouvoirs et celui du jugement par les pairs, d'autre part, celui-ci souffre de sa porosité à la critique « corporatiste ». Cette dernière revêt un caractère constant depuis l'Ancien Régime, de sorte qu'il serait difficile de prétendre la résumer en seulement quelques paragraphes. Toutefois, il peut être utile de donner quelques illustrations à la fois révélatrices de sa persistance et sa virulence. C'est ainsi qu'à l'occasion du projet de réforme constitutionnelle du Conseil supérieur de la magistrature français, en 1998, le Sénateur Michel Charasse devait ironiquement dénoncer dans la magistrature judiciaire : « *un corps merveilleux, sorti pur à jamais de la couveuse de Bordeaux, rien que des petits saint – expédiant les quidams dans les geôles de la République* », avant d'exiger en conclusion : « *Que la loi s'applique, y compris aux membres de la famille !... (Il faut) mettre fin à cette anomalie – des gens qui se jugent entre eux – que l'on ne rencontre que dans une autre famille, la mafia* »²⁶²⁹. Ces propos prêteraient peut-être à sourire, s'ils n'avaient été prononcés par une personnalité politique récemment nommée au Conseil constitutionnel par le Président de la République, que l'article 64 alinéa 1^{er} de la Constitution qualifie pourtant de : « *garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* ». De même, cette opinion aurait-elle pu être minorée si elle était demeurée isolée et n'avait pas survécue à l'avènement du XXI^e siècle. Or, pour exemple, force est de constater que le terme « *corporatisme* » et l'adjectif « *corporative* » ont été utilisés à non moins de huit reprises, à propos de la composition du Conseil supérieur de la magistrature, dans le rapport de première lecture de la Commission des lois de l'Assemblée

²⁶²⁸ *Ibid.*, § 60.

²⁶²⁹ Intervention de Michel Charasse sur le projet de loi constitutionnelle relatif au Conseil supérieur de la magistrature, Compte rendu analytique, Sénat, 23 juin 1998, pp. 27 et s.

nationale, sur le projet de loi constitutionnelle de « *modernisation des institutions de la Ve République* »²⁶³⁰.

Cette critique « corporatiste » n'a pas été, pour s'en tenir au seul cas de la France, sans incidence sur la composition et l'indépendance de l'organe d'éviction. Il est en effet troublant de relever que, plus de cinq siècles suivant la consécration de la compétence d'une juridiction en matière disciplinaire, et près de cent trente ans après la création du premier Conseil supérieur de la magistrature, composé exclusivement de magistrats, la question de la composition de cette instance demeure toujours sujette à débats. Alors que celle-ci bénéficie d'une assise constitutionnelle depuis l'évènement de la IV^{ème} République, elle a pourtant été modifiée à quatre reprises depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, à savoir : par les Constitutions de 1946 et 1958, et par les révisions constitutionnelles de 1993 et 2008. Or, comme le soulignait le Professeur Gicquel en 1998, à propos des deux premières réformes, le rappel des compositions respectives du Conseil à ces deux époques a « *le mérite de vérifier* » que : « *Qu'il s'agisse de la IV^e ou de la Ve République, le Conseil a été placé à l'origine sous l'influence politique successive du Parlement ou du Président de la République* »²⁶³¹. Il faut attendre la réforme du 27 juillet 1993 pour que le principe la désignation de la majorité ou de l'exclusivité des membres du Conseil par l'Assemblée nationale ou le Président de la République, laisse place à une institution comprenant pour moitié des magistrats élus par leurs pairs. Le Professeur Gicquel a toutefois mis en avant, dans son intervention précitée, le caractère exceptionnel de cette évolution, liée à la « *pression conjuguée* » de la jurisprudence constitutionnelle, des « *affaires qui éclatent dans les années 1990, en un moment où la logique de l'Etat de droit s'avère contraignante* », et de la « *cohabitation ouverte en 1993* »²⁶³². De fait, cette avancée relative s'est trouvée remise en cause cinq années seulement après son adoption. Dès 1998, un projet de réforme du Conseil supérieur de la magistrature prévoyait la mise en minorité des magistrats au sein de cette institution. Entériné par les deux assemblées parlementaires, ce texte n'a finalement jamais été soumis au Congrès du Parlement. Cependant, malgré le changement de majorité parlementaire, c'est bien le principe que le Constituant est venu consacrer dix ans plus tard, à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 1998. Or, ainsi que cela a été précisé dans le rapport « *Balladur* », réalisé en amont de cette

²⁶³⁰ J.-L. Warsmann, rapport n° 892 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la Ve République, Assemblée nationale, 15 mai 2008, pp. 64, 71, 85, 446, 449, 454.

²⁶³¹ J. Gicquel, *France - L'évolution du Conseil supérieur de la magistrature*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs...*, op. cit., p. 204.

²⁶³² *Ibid.*, pp. 204-205 ; J. Gicquel, *Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue...*, op. cit., p. 294.

révision : « *la réforme de 1993 n'a pas atteint ses objectifs dans la mesure où elle n'a pas mis fin aux conflits entre le Gouvernement et le Conseil supérieur de la magistrature ; en dépit de la lettre des textes, ...le Conseil a instauré en son sein une prétendue « réunion plénière » dont l'existence même alimente le reproche de corporatisme trop souvent adressé à l'institution ; celle-ci s'avère insuffisamment ouverte sur l'extérieur* »²⁶³³.

2°) L'alternative d'une composition ouverte dans une logique d'impartialité

629. Face à la persistance de la critique « corporatiste », mais également de ses conséquences négatives pour l'indépendance de l'organe d'éviction et le respect de l'inamovibilité, l'issue la plus appropriée paraît alors résider dans le choix d'une composition mixte de cette institution. Telle est notamment la position défendue par le Conseil consultatif de juges européens, dans son Avis n° 10 de 2007 sur le Conseil de la justice au service de la société. Si l'instance consultative du Conseil de l'Europe a reconnu à cette occasion, que le Conseil de la justice peut dans l'absolu être composé : « *soit exclusivement de juges, soit à la fois de juges et de non juges* », il a immédiatement pris soin d'ajouter que : « *Dans ces deux situations, il convient d'éviter tout corporatisme* »²⁶³⁴. Partant de cette exigence, il a logiquement été conduit à marquer sa préférence subséquente pour un système mixte. Selon le Conseil : « *une telle composition...présente l'avantage d'une part d'éviter le corporatisme et d'autre part de refléter les différents courants d'opinion de la société et apparaître ainsi comme une source supplémentaire de légitimation du pouvoir judiciaire* »²⁶³⁵. De fait, le principe d'une composition ouverte de l'autorité centrale indépendante compétente en matière d'éviction, tend aujourd'hui à s'imposer parmi les Etats de culture européenne-continentale. S'il limite le risque de voir dénoncé un « pouvoir judiciaire », s'agissant d'un organe qui possède une assise dans la Constitution²⁶³⁶, il constitue également un gage d'impartialité et, sous réserve de comprendre une majorité de magistrats, d'indépendance de cette instance.

²⁶³³ E. Balladur (Président), *Une Ve République plus démocratique*, rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Fayard, La documentation française, Paris, 2008, p. 158.

²⁶³⁴ CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 16.

²⁶³⁵ *Ibid.*, § 19.

²⁶³⁶ Pierre Hébraud notait en ce sens, en 1959, que : « *La Constitution de 1946..., en haussant le pouvoir judiciaire au niveau constitutionnel, pour le soustraire à l'influence politique du Gouvernement, elle l'avait lui-même politisé dans son sein. Devenu la tête d'un tel pouvoir, le Conseil supérieur ne pouvait être exclusivement composé de magistrats, car l'autonomie d'un corporatisme judiciaire est, en France, inconcevable* ». Voir : *Justice 1959 : 1. L'autorité judiciaire*, Dalloz, 1959, Chronique XIII, pp. 78-79.

630. Parce qu'à l'instar de la France, un organe d'éviction composé uniquement de magistrats fait peser un soupçon de corporatisme, la plupart des pays européens ont progressivement semblé opter pour une mixité, qui : « reflète la conviction que l'indépendance de l'autorité judiciaire ne requiert pas l'auto-gouvernement de la magistrature, (et) que la justice rendue...n'appartient pas aux seuls magistrats »²⁶³⁷. En ce sens, dans son étude de 2005 sur *Les Conseils de la justice en Europe*, le Conseil supérieur de la magistrature français a pu affirmer de manière générale, que la mixité : « est de règle dans tous les Conseils existant en Europe et son principe n'est pas discuté en France »²⁶³⁸. Puis, dans le cadre du même rapport, il a plus précisément relevé que : « Dans chacun des Conseils étudiés, à l'exception des Pays-Bas, la mixité, c'est-à-dire, la présence de magistrats et de non magistrats au sein des Conseils, est la règle, selon des proportions variables d'un pays à l'autre »²⁶³⁹. La très minoritaire exception constituée par les Pays-Bas, sur les treize Etats examinés, suppose néanmoins d'être elle-même atténuée. En effet, si dans les faits, les cinq membres de cette instance paraissent émaner du corps judiciaire, la loi du 6 décembre 2001 sur l'organisation judiciaire prévoit que deux d'entre eux sont choisis par le garde des Sceaux, à raison de leurs compétences et sur la base d'une liste de propositions émises par une commission ouverte²⁶⁴⁰. Dans les autres cas, les magistrats sont majoritaires dans tous les pays, sous réserve de deux exceptions. D'une part, au Portugal, l'article 218 de la Constitution évoque expressément la présence de huit magistrats, sur les dix-sept membres que compte le Conseil supérieur de la magistrature. Mais comme le précise l'étude de 2005 : « la majorité en leur faveur est rétablie par le fait que le Président de la République, qui dispose du pouvoir de nommer deux membres, a pris l'habitude de désigner deux magistrats »²⁶⁴¹. D'autre part, en Belgique, l'article 151 de la Constitution organise une composition paritaire du Conseil supérieur de la justice, lequel comprend vingt-deux magistrats sur ses quarante-quatre membres. Toutefois, cette égalité implique d'être mise en corrélation avec la parité qui est également assurée, entre les membres francophones et les membres néerlandophones.

Si le principe de la mixité paraît s'imposer dans les Conseils de la justice, envisagés comme des organes aux multiples attributions, force est de constater qu'il revêt aussi un caractère majoritaire dans la sphère disciplinaire. Cette circonstance

²⁶³⁷ CSM, rapport annuel d'activité 2004-2005, *op. cit.*, p. 201.

²⁶³⁸ *Ibid.*, p. 201.

²⁶³⁹ *Ibid.*, p. 97.

²⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 109.

²⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 97.

mérite d'autant plus d'être soulignée, qu'elle ne relève pas *a priori* de l'évidence. Or, ainsi qu'ont pu le relever Guy Canivet et Julie Joly-Hurard en 2006, dans leurs travaux sur *La responsabilité des juges ici et ailleurs*, il ressort que : « *Dans une grande majorité de pays, l'organe disciplinaire se compose de manière mixte, associant aux représentants des magistrats, des personnalités extérieures* ». Et les deux auteurs d'ajouter : « *Il arrive, moins fréquemment, que l'organe disciplinaire se compose exclusivement de magistrats* »²⁶⁴². Pour s'en tenir aux grandes démocraties d'Europe continentale, si en Allemagne, le *Dienstgericht*, chambre spécialisée de la Cour fédérale de justice, est composé uniquement de magistrats siégeant au sein de cette juridiction, la mixité domine en revanche en Italie, en Espagne et en France. C'est ainsi qu'en Italie, la section disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature comporte quatre magistrats et deux « *laïcs* ». De même en France, la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour la discipline des magistrats du siège, compte sept non magistrats contre sept magistrats du siège et un magistrat du parquet. Enfin en Espagne, une distinction suppose d'être opérée selon la gravité de la faute. Pour les fautes légères, la compétence appartient à la *Sala de gobierno* du tribunal supérieur de la communauté autonome, dans le ressort duquel siège le magistrat. Il s'agit alors d'une formation uniquement composée de magistrats. Mais pour les fautes « graves » et « très graves », le pouvoir disciplinaire appartient respectivement à la commission de discipline et à l'assemblée plénière du Conseil général du pouvoir judiciaire. Concrètement, deux non-magistrats sur cinq participent à cette fonction dans le premier cas, et huit sur vingt dans la seconde hypothèse²⁶⁴³.

631. Cet intérêt manifeste pour une composition mixte de l'organe d'éviction, trouve une légitimité supplémentaire dans le souci de renforcer l'impartialité de ce dernier, et, par ce truchement, d'œuvrer plus largement en faveur de l'impartialité de la justice. Il s'agit d'ailleurs là d'un des objectifs qui a été mis en exergue en France, lors des deux dernières réformes, avortée ou menée à bien, du Conseil supérieur de la magistrature²⁶⁴⁴. Toutefois, le succès d'une telle quête paraît subordonné à la recherche d'une composition de l'organe d'éviction, et d'un équilibre au sein de celle-ci, effectivement en phase avec cette exigence d'impartialité. Négativement, cela signifie deux choses. Il convient d'une part de relativiser l'importance attachée au levier de la composition, en l'appréciant à la

²⁶⁴² G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La responsabilité des juges ici et ailleurs*, op. cit., p. 1082.

²⁶⁴³ *Ibid.*, pp. 1082-1084.

²⁶⁴⁴ Voir par exemple : J.-R. Lecerf, rapport n° 635 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 65 de la Constitution, Sénat, 29 septembre 2009, pp. 7-8.

lumière du rôle réellement dévolu à l'institution. La sempiternelle dénonciation de l'« *irresponsabilité* » des magistrats du siège, du fait de leur inamovibilité, paraît offrir une bonne illustration à cet égard. Comme a pu le faire remarquer le Conseil supérieur de la magistrature français : « *Il faut...rappeler cette donnée capitale, ignorée ou oubliée : le Conseil supérieur, qui ne peut se saisir de lui-même, ne se prononce sur la responsabilité disciplinaire d'un magistrat que si une poursuite a été engagée par les autorités qui détiennent seules ce pouvoirs, à savoir le garde des sceaux et, depuis...(2001) les chefs de cours d'appel. Le Conseil n'est donc pour rien dans l'intensité plus ou moins forte, insuffisante aux yeux de certains, de l'action disciplinaire exercée à l'encontre des magistrats* »²⁶⁴⁵. Cette remarque pourrait, toujours dans le cas français, être transposée à la plupart des autres attributions du Conseil. D'autre part, il appartient au Pouvoir constituant de veiller lui-même à ce que la composition retenue, mette l'organe d'éviction : « *à l'abri de toute passion politique ou corporative* »²⁶⁴⁶, et lui permette, pour reprendre les préconisations du Conseil consultatif de juges européens, de : « *fonctionner sans la moindre concession au jeu des majorités parlementaires et des pressions de l'exécutif, en dehors de toute subordination aux logiques partisans* »²⁶⁴⁷. Concrètement, cela supposerait d'exclure par principe les modes de désignation ayant une connotation politique ou aboutissant à privilégier des choix politiques, que cette nomination ou cette élection procède de l'Exécutif ou du Parlement²⁶⁴⁸, voire des organisations professionnelles de magistrats²⁶⁴⁹.

²⁶⁴⁵ CSM, rapport annuel d'activité 2004-2005, *op. cit.*, p. 203.

²⁶⁴⁶ A. Fanton, rapport n° 356 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par le Sénat, portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX et X, Assemblée nationale, 17 juin 1993, p. 14.

²⁶⁴⁷ CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 19.

²⁶⁴⁸ Voir notamment en ce sens, à propos de l'élection des membres du Conseil supérieur de la magistrature de la IV^{ème} République : A. Fanton, rapport n° 356..., *op. cit.*, p. 14. De même, s'agissant de celle des membres du Conseil général du pouvoir judiciaire en Espagne : P. Bon, *Indépendants et responsables ? Note sur la situation constitutionnelle des juges espagnols*, Cahiers du Conseil constitutionnel, Dossier spécial n° 14, mai 2003, pp. 91-92.

²⁶⁴⁹ Auditionné en 1998, Antoine Garapon soulignait en effet que : « *Contrairement à ce que l'on croit, le corps judiciaire est extrêmement politisé. C'est pourquoi il faut être très attentif à la composition du CSM, et notamment veiller à ce que les magistrats ne soient pas majoritaires* ». Voir : J. Floch, rapport n° 930 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle (n° 835) relatif au Conseil supérieur de la magistrature, Assemblée nationale, 27 mai 1998, p. 52. Voir également : A. Vallini, P. Houillon, *Au nom du peuple français. Juger après Outreau*, rapport n° 3125 fait au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, Assemblée nationale, 6 juin 2006, pp. 495-496. Une critique analogue est susceptible d'être formulée, concernant la composition, en Italie, du Conseil supérieur de la magistrature. Voir par exemple : A. Pizzorusso, *La nature des Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs...*, *op. cit.*, pp. 46-47.

Positivement, l'idée d'une mixité en concordance avec l'impératif d'impartialité, trouve son application dans la recherche d'une « *composition pluraliste où n'importe quel magistrat peut trouver dans le Conseil, quelqu'un qui lui garantit ses droits ou ses intérêts* »²⁶⁵⁰, et quelqu'un qui lui rappelle également ses devoirs et les intérêts du service public de la justice. Il s'agit donc concrètement de promouvoir une composition capable de protéger le magistrat tout à la fois contre le Pouvoir politique, le corps judiciaire auquel il appartient, la pression populaire et médiatique, mais aussi lui-même. En ce sens, et sur la base des systèmes en vigueur au sein des différents Etats membres, les instances du Conseil de l'Europe ont dessiné les contours d'une composition « utile » des Conseils de la justice. S'agissant des catégories de membres appelées à siéger au sein de cette institution, elles ont fait de la présence de magistrats un minimum requis, sachant que ceux-ci devraient de préférence être issus, selon le Comité des ministres : « *de tous les niveaux du pouvoir judiciaire et dans le plein respect du pluralisme au sein du système judiciaire* »²⁶⁵¹. A l'inverse, le Conseil consultatif de juges européens a estimé que les membres du Conseil « *ne devraient pas être des responsables politiques, des membres du Parlement, de l'exécutif ou de l'administration* », invitant les Etats à « *édicter des règles juridiques afin de s'assurer que tel n'est pas le cas* »²⁶⁵². Bien qu'il ne se soit pas explicitement prononcé sur l'éligibilité des magistrats exerçant des responsabilités syndicales, le Conseil consultatif a néanmoins paru soumettre celle-ci, au respect de certaines conditions. Outre que le magistrat concerné ne devrait pas pouvoir être assimilé à un « *responsable politique* » du fait de la nature réelle de ses fonctions, le Conseil a précisé que : « *La sélection des membres juges... doit se faire sur la base de leur compétence, de leur expérience, de leur aptitude de compréhension de la vie judiciaire et de discussion ainsi que de leur culture d'indépendance* »²⁶⁵³. Il convient de noter que ce dernier ensemble d'exigences se trouve également appliqué aux non-magistrats, dont le Conseil consultatif admet qu'ils puissent compléter la composition de l'organe d'éviction. L'instance du Conseil de l'Europe est cependant allée plus loin dans ses recommandations sur ce point, en indiquant que : « *Les membres non juges peuvent être choisis parmi des juristes émérites et des professeurs universitaires avec une certaine ancienneté professionnelle ou parmi des citoyens reconnus* ». En outre, tenant compte de la nécessaire adaptation de la justice à son environnement et des besoins du service

²⁶⁵⁰ A. Pizzorusso, *La nature des Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs...*, *op. cit.*, p. 30.

²⁶⁵¹ Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12..., *op. cit.*, § 27.

²⁶⁵² CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 23.

²⁶⁵³ *Ibid.*, § 21.

public de la justice, elle a encore évoqué la possible : « *contribution de membres dotés d'une expérience dans des domaines non juridiques (par exemple en matière de gestion...et de science sociale)* »²⁶⁵⁴.

632. Au-delà de l'intérêt que la mixité peut revêtir pour garantir l'impartialité de l'organe d'éviction, la recherche de la composition adéquate ne saurait se faire au détriment de l'indépendance de cet organe, au risque d'atteindre un résultat opposé à celui théoriquement poursuivi. Or, la question du dosage entre les membres magistrats et les membres « *laïcs* » possède, à cet égard, une importance fondamentale. Comme l'a effectivement souligné le Conseil consultatif de juges européens, dans son avis n° 10 (2007) sur le Conseil de la justice au service de la société, la composition exacte de cette institution : « *devrait notamment résulter des tâches du Conseil* ». Et l'instance consultative du Conseil de l'Europe d'ajouter : « *Certaines fonctions...nécessitent par exemple la présence de membres des professions juridiques, de professeurs de droit, voire de représentants de la société civile* »²⁶⁵⁵. En sens inverse, elle préconise, sans toutefois les énumérer précisément, que : « *Certaines...tâches pourraient être réservées à une formation du Conseil (de la justice) constituée uniquement de juges* »²⁶⁵⁶. Mais, s'il est un équilibre auquel le Conseil de l'Europe paraît reconnaître, quelle que soit la fonction exercée, le caractère d'un minimum intangible, c'est celui de la présence, au sein de l'autorité centrale indépendante, d'une majorité de magistrats. Déjà en 1994, la Recommandation n° R (94) 12 du Comité des ministres prévoyait que « *l'autorité compétence en matière de sélection et de carrière des juges devrait être indépendante* », et que pour garantir cette « *indépendance, des dispositions devraient être prévues pour veiller...à ce que ses membres soient désignés par le pouvoir judiciaire* »²⁶⁵⁷. Puis, quatre ans plus tard, la Charte européenne sur le statut des juges était venue suggérer plus précisément : « *l'intervention d'une instance indépendante...au sein de laquelle siègent au moins pour moitié de juges élus par leurs pairs suivant des modalités garantissant la représentation la plus large de ceux-ci* »²⁶⁵⁸. Depuis lors, tous les instruments émanant des instances du Conseil de l'Europe ont permis de rappeler cette exigence²⁶⁵⁹. Tel est notamment le cas de

²⁶⁵⁴ *Ibid.*, § 22.

²⁶⁵⁵ CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 45.

²⁶⁵⁶ *Ibid.*, § 20.

²⁶⁵⁷ Comité des ministres, Recommandation n° R (94) 12..., *op. cit.*, Principe I. 2. c.

²⁶⁵⁸ Charte européenne sur le statut des juges..., *op. cit.*, Principe 1.3.

²⁶⁵⁹ CCJE, Avis n° 1 (2001)..., *op. cit.*, § 45 ; Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12..., *op. cit.*, § 27.

l'Avis n° 10 (2007) du Conseil consultatif de juges européens, dont le § 17 signale que : « *pour éviter toute manipulation ou pression induite, le Conseil de la justice doit (, dans l'hypothèse d'une composition mixte,) compter une majorité substantielle de juges élus par leurs pairs* »²⁶⁶⁰. Plus récemment, la *Magna Carta des juges*, adoptée le 19 novembre 2010, a elle-même entendu ériger en principe fondamental, la règle suivant laquelle : « *Le Conseil doit être composé soit exclusivement de juges, soit au moins d'une majorité substantielle de juges élus par leurs pairs* »²⁶⁶¹.

Cette exigence d'une autorité centrale indépendante composée pour majorité de magistrats, correspond, de fait, à la réalité en vigueur dans la grande majorité des Etats européens. Les travaux préparatoires de la commission des lois de l'Assemblée nationale relatifs à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008²⁶⁶², ont permis en ce sens, de corroborer les résultats de l'étude qui avait été réalisée en 2005, par le Conseil supérieur de la magistrature français, sur *Les Conseils de la justice en Europe*. Ce qui est vrai pour les Conseils de la justice, toute fonction confondue, l'est *a fortiori* vis-à-vis de la matière disciplinaire. Le Rapporteur de la Commission des lois du Sénat, Jean-Jacques Hyest, le soulignait effectivement dans son rapport de première lecture sur ce même texte. Selon le Sénateur : « *si dans notre pays les organes disciplinaires de la fonction publique sont majoritairement composés de professionnels, tel est également le cas des Conseils de la justice – homologues du Conseil supérieur de la magistrature – dans les pays de l'Union européenne. Les deux pays européens faisant exception à cet égard ont des conseils de la justice composés à parité de magistrats et de non-magistrats. Il s'agit de la Belgique (22 magistrats sur 44 membres) et de la République slovaque (9 sur 18). Cependant, en République slovaque, le président du conseil judiciaire est un magistrat et dispose d'une voix prépondérante* »²⁶⁶³. Dans ces circonstances, la volonté exprimée par le projet de réforme constitutionnelle de 2008, de mettre les magistrats en minorité dans les différentes formations du Conseil supérieur de la magistrature, a pu apparaître hautement paradoxale. Cet objectif a certes été légèrement atténué par la commission des lois du Sénat, qui a prévu, en matière disciplinaire, une composition paritaire des

²⁶⁶⁰ CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 17.

²⁶⁶¹ CCJE, Magna Carta des juges..., *op. cit.*, Principe 13.

²⁶⁶² J.-L. Warsmann, rapport n° 892 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V^{ème} République, Assemblée nationale, 15 mai 2008, p. 454.

²⁶⁶³ J.-J. Hyest, rapport n° 387 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la V^{ème} République, Sénat, 11 juin 2008, p. 192.

formations compétentes à l'égard des magistrats du siège et du parquet²⁶⁶⁴. Cependant, si le Constituant a finalement admis le principe d'une composition paritaire dans ce domaine, il n'est pas allé jusqu'à reconnaître celui d'un fonctionnement paritaire des formations disciplinaires. Telle a été en tout cas l'interprétation opérée par le Conseil constitutionnel, lors de son contrôle du projet de loi organique portant application de l'article 65 de la Constitution. Alors que, soucieuse de préserver une parité malgré l'empêchement d'un ou plusieurs magistrats, la commission des lois du Sénat avait adopté une disposition prévoyant que : « *Lorsqu'elle siège en matière disciplinaire, la formation compétente comprend un nombre égal de membres appartenant à l'ordre judiciaire et de membres n'y appartenant pas* »²⁶⁶⁵, l'Hôte de la rue de Montpensier a jugé celle-ci contraire à la lettre de l'article 65²⁶⁶⁶. La situation qui est celle de la magistrature française de l'ordre judiciaire, depuis l'entrée en vigueur de la loi organique précitée, fait dès lors figure d'exception. Quand bien même elle ne se traduirait pas en pratique, par un recul de l'indépendance et de l'impartialité du Conseil supérieur de la magistrature, il convient néanmoins d'admettre que cette : « *idée selon laquelle les magistrats devraient désormais être minoritaires au sein du CSM est...humiliante pour le corps judiciaire* »²⁶⁶⁷. Pour reprendre l'avis émis en 2007 par le Conseil supérieur, sur l'avant-projet de loi constitutionnel, une telle mise en minorité : « *ne comporte, en France, aucun précédent, non seulement dans les trois grandes fonctions publiques..., mais également pour les ordres professionnels. Cette anomalie risquerait d'isoler la magistrature et pourrait être présentée de manière regrettable dans le monde juridique, non seulement en France mais aussi en Europe* »²⁶⁶⁸.

B . Une compétence de l'organe d'éviction complétée pour parer le grief politique

633. L'inamovibilité, ainsi que cela a déjà été souligné, n'a pas pour objet de protéger les magistrats coupables d'empiètements non autorisés sur les fonctions politiques ou d'administration active. C'est pourquoi il s'agit, une fois assurée

²⁶⁶⁴ *Ibid.*, pp. 193-194.

²⁶⁶⁵ J.-R. Lecerf, rapport n° 635 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'article 65 de la Constitution, Sénat, 29 septembre 2009, p. 74.

²⁶⁶⁶ CC, décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, « *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution* », cons. 14.

²⁶⁶⁷ V. Turcey, secrétaire général de l'Union syndicale des magistrats, *Compte rendu du Congrès de l'USM*, Gazette du Palais, 11-12 août 1999, p. 25.

²⁶⁶⁸ CSM, rapport annuel d'activité 2007, *op. cit.*, p. 68.

l'indépendance de l'organe d'éviction vis-à-vis du Pouvoir politique, d'envisager un mécanisme dérogatoire permettant de connaître de la responsabilité des magistrats à raison de la commission présumée de tels manquements. Une première solution, instinctive, consisterait sans doute à soumettre les intéressés à une responsabilité de même nature que celle appliquée à ceux dont ils seraient soupçonnés de s'approprier les fonctions. En l'occurrence, ils se verraient transposer une responsabilité politique (1°). Pour autant, le souci de ne pas sacrifier la garantie de l'inamovibilité pour sanctionner une faute qui, tant qu'elle n'a pas été qualifiée comme telle, reste présumée, conduit à privilégier le recours à un mécanisme alternatif en vigueur dans certains Etats : la responsabilité constitutionnelle (2°).

1°) L'exclusion d'une responsabilité politique

634. L'idée d'appliquer aux magistrats suspectés d'avoir « franchi le Rubicon » de la sphère politique ou de l'administration active, une responsabilité semblable à celle des personnes dont ils s'arrogent directement ou indirectement le pouvoir, peut de prime abord sembler séduisante. Il en va d'autant plus ainsi s'agissant de pays où, comme en France, l'élection et l'exercice du pouvoir politiques revêtent une certaine sacralité, et où la sanction ancienne de la forfaiture et la dénonciation actuelle du « *gouvernement des juges* », viennent souligner l'extrême gravité attachée à une telle immixtion. Pourtant, force est de constater le caractère inadapté de la transposition d'une responsabilité politique, laquelle s'inscrit en contradiction avec la logique d'une magistrature indépendante et impartiale, et jouit de ce fait d'un ancrage relatif au sein des « grandes démocraties » contemporaines.

635. Ainsi que l'écrit le Professeur Baranger, le Pouvoir politique : « est soumis à cette finalité du bien commun, qui est la « loi » de son détenteur, à l'aune de laquelle il sera jugé et se verra même reconnaître ou refuser la qualité de gouvernant »²⁶⁶⁹. Partant, il estime que la responsabilité politique peut être définie : « comme une relation de légitimité qui unit le représentant chargé de gouverner et le souverain qui lui a abandonné, en tout ou partie, cette charge », sachant que : « Cette relation est la condition de la validité politique du pouvoir confié au représentant, c'est-à-dire qu'elle est la garantie de ce que son titre à gouverner est conforme au principe de légitimité qui est celui du régime dans lequel la relation se fait jour (ainsi de la volonté du peuple dans le régime démocratique) »²⁶⁷⁰. A la lumière de cette approche, l'élément angulaire de la responsabilité politique paraît donc résider, tout entier, dans le maintien de cette relation de légitimité entre, d'une part, le

²⁶⁶⁹ D. Baranger, *Responsabilité politique*, D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 1357.

²⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 1357.

gouvernant, et, d'autre part, le gouverné ou son représentant. L'auteur l'affirme lui-même lorsqu'il précise que la « finalité de la responsabilité politique est d'assurer la persistance de l'identité de volonté politique »²⁶⁷¹ entre les protagonistes. Or, ce lien revêt une dimension éminemment subjective, puisque l'appréciation de son respect paraît relever uniquement du gouverné ou de son représentant, indépendamment de toute référence à la Constitution ou à ce qui serait un pacte de gouvernement entre ce dernier et le gouvernant. Au sein de la responsabilité politique, l'idée de confiance prime en conséquence celle de raison. Ce sentiment ressort en grande partie conforté, de l'examen du régime juridique de cette responsabilité. Ainsi, selon le Professeur Baranger, celle-ci n'implique « ni préjudice, ni faute », dans la mesure où, au sein par exemple du régime parlementaire : « La simple divergence d'intentions entre l'exécutif et le parlement suffit... à justifier une défiance ». De même, il n'est « pas possible de codifier, à l'avance, les faits « justiciables » d'un engagement » de cette responsabilité, ce qui explique qu'un « cabinet peut perdre la confiance alors qu'il n'a rien fait », et au contraire la conserver alors que des « fautes politiques graves » lui seraient imputables. A ces deux premières spécificités, l'auteur en ajoute enfin une autre, ayant trait à la procédure applicable. Cette dernière ne fait pas intervenir, comme c'est le cas dans les responsabilités « juridiques », civile ou pénale, un tiers impartial chargé de trancher le litige politique. D'après lui, le recours à une telle institution n'aurait « aucun sens dans le contexte de la responsabilité politique classique, puisque c'est d'une identité entre souverain et représentant qu'il s'agit »²⁶⁷². Cette responsabilité se singularise in fine par la circonstance que le gouverné ou son représentant est à la fois juge et partie, et est seul compétent pour définir le contenu de cette « relation de confiance », ainsi que pour apprécier l'actualité de cette dernière envers le gouvernant.

Dans ces conditions, vouloir soumettre les magistrats suspectés d'immixtion dans la sphère politique, à une responsabilité de cette nature, pourrait s'avérer contreproductif à au moins trois égards. Le premier risque, mis en exergue par le *Judicial office for England and Wales*, dans ses informations publiques destinées à justifier les garanties reconnues aux juges britanniques, réside dans le développement d'une « responsabilité sacrificielle ». Comme le souligne de manière particulièrement imagée cet organisme, désormais placé sous la direction du *Lord chief justice* : « Dans beaucoup de domaines la responsabilité signifie que, à l'instar des entraîneurs d'équipes de foot, une personne qui échoue à remplir ses fonctions de manière satisfaisante, devrait être renvoyée ou devrait démissionner. Certaines personnes ont appelé cette forme de responsabilité, « sacrificial accountability »,

²⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 1358.

²⁶⁷² *Ibid.*, p. 1358.

signifiant que la seule solution pour l'intéressé est de ne pas se maintenir plus longtemps dans ses attributions »²⁶⁷³. Le juge se trouverait ici relégué au rang d'un véritable « fusible », susceptible d'être rendu responsable des maux les plus divers, et y compris ceux qui ne relèvent pas de son fait. Or, ce risque pourrait être exacerbé dans un contexte actuel marqué, à la fois par un renouveau de la responsabilité politique individuelle des gouvernants²⁶⁷⁴, et une tendance de ces derniers à vouloir reporter celle-ci sur les membres de la haute fonction publique. Le second risque, également mis en avant par le *Judicial office*, consiste dans une subordination des juges à la volonté des gouvernants, le souci de ces derniers de conserver leur siège venant altérer leur capacité à préserver et à défendre les intérêts de la justice. Ainsi que le précise à cet égard l'institution britannique : « *Le risque est peut être mieux démontré – quoique avec un exemple extrême – dans les dictatures où les juges sont souvent nommés précisément en raison de leur loyauté au régime, et avec l'assurance qu'ils rendront toujours des décisions en faveur de ce dernier, au détriment des intérêts de l'individu, de la réalité des faits et du droit* »²⁶⁷⁵. La justice se trouverait dès lors réduite au rang d'une branche subalternisée du Pouvoir politique. Or, une telle évolution s'inscrirait à rebours de l'approche contemporaine qui, dans un contexte de réduction des clivages entre les Pouvoirs exécutif et législatif, tend à ériger l'institution juridictionnelle au rang d'un nouveau « pouvoir contre-majoritaire »²⁶⁷⁶. Le dernier risque, enfin, tient à l'émergence d'un véritable « pouvoir judiciaire ». Comme le rappelait le Professeur Théron en 1949 :

²⁶⁷³ “*In many areas accountability means that, just like football managers, an individual who fails to perform satisfactorily in their job should be sacked or should resign. Some people have called this form of accountability, “sacrificial accountability”, meaning that the only solution is for the individual concerned to no longer continue in their role*”. Voir : Judicial office for England and Wales, *The principles of judicial accountability*, www.judiciary.gov.uk.

²⁶⁷⁴ Royaume-Uni : AP, *Démissions en série après le scandale des notes de frais*, Le nouvel Observateur, 3 juin 2009 ; AP, *Notes de frais : Le Speaker annonce sa démission*, Le nouvel Observateur, 19 mai 2009 ; AFP, *Scandale des notes de frais : un député britannique annonce sa démission*, Le Monde, 12 janvier 2011. Allemagne : F. Lemaître, *Accusé de plagiat, le ministre de la défense allemand démissionne*, Le Monde, 1^{er} mars 2011. Etats-Unis : AFP, *USA : démission d'Anthony Weiner*, Le Figaro, 16 juin 2011 ; AFP, *USA : démission d'un élu démocrate sur fond de scandale sexuel*, Le nouvel Observateur, 27 juillet 2011. France : *Scandales : cinq ministres contraints de quitter le Gouvernement en un an*, Le Monde, 29 mai 2011.

²⁶⁷⁵ “*This risk is perhaps best demonstrated – albeit as an extreme example – in dictatorships where judges are often appointed specifically because of their loyalty to the regime, and will almost always make decisions in favour of it, regardless of the interests of the individual, the facts and the law*”. Voir : Judicial office for England and Wales, *The principles of judicial accountability*, www.judiciary.gov.uk.

²⁶⁷⁶ Le Professeur Luchaire écrivait déjà en 1974, que : « *dans la mesure où les pouvoirs législatif et exécutif tendent à se confondre par suite de la coïncidence entre la majorité parlementaire et la majorité présidentielle, l'indépendance du troisième pouvoir, celui du juge, devient une garantie encore plus nécessaire qu'auparavant pour la protection des libertés* ». Voir : *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés publiques*, Mélanges offerts à Marcel Waline, t. 2, LGDJ, Paris, 1974, p. 568.

« *L'indépendance du juge n'est pas d'abord sa liberté. C'est qu'en réalité elle est perçue en termes de neutralité : le juge doit être impartial et apolitique, c'est-à-dire que, non seulement n'étant pas représentatif, il ne saurait exercer un pouvoir de nature politique, mais plus précisément, que le juge dans sa fonction ne doit pas être partisan* »²⁶⁷⁷. Or, il est assez probable que prétendre engager la responsabilité politique de magistrats suspectés d'avoir empiété sur la sphère politique, y compris lorsqu'un tel soupçon se révélerait finalement infondé, serait de nature à favoriser la politisation de la magistrature.

636. Ces arguments expliquent en partie l'ancrage relatif dont bénéficie la responsabilité politique, au sein des « grandes démocraties » contemporaines. Ce constat ressort principalement de l'étude des systèmes propres aux Etats européens continentaux. C'est ainsi qu'en France, la culture pluriséculaire de défiance vis-à-vis de l'institution de justice, ne s'est jamais traduite par une consécration pérenne de la responsabilité politique des magistrats. Sous réserve des périodes exceptionnelles afférentes aux changements de régimes, pendant lesquels l'inamovibilité a habituellement été écartée au profit de mécanismes de responsabilité politique²⁶⁷⁸, ceux-ci ont été peu utilisés en temps normal. Les juges judiciaires ont, pour leur part, été soumis au régime de l'élection périodique pendant la durée de la Révolution, tentative qui s'est achevée sur un constat d'échec²⁶⁷⁹. Il en est allé de même pour les membres du Conseil d'Etat, élus en 1849, sous la Seconde République, et en 1872, sous la III^{ème} République²⁶⁸⁰. Toutefois, seuls ces membres du Conseil d'Etat ont été soumis, au cours de leur mandat, à un régime de responsabilité parlementaire²⁶⁸¹. Cette particularité tenait à une conception en vigueur à cette époque, que le Prince-Président Louis-Napoléon Bonaparte avait pu résumer en 1852, à travers les termes suivants : « *Messieurs les conseillers d'Etat ne sont pas des magistrats, ce sont des hommes politiques* »²⁶⁸². En dehors des frontières hexagonales, l'idée d'une soumission des magistrats à une responsabilité politique, demeure étroitement associée au souvenir des régimes autoritaires, dont la chute et le rejet ont favorisé

²⁶⁷⁷ J.-P. Théron, *op. cit.*, p. 650.

²⁶⁷⁸ Cf. Partie I, titre I, chapitre 2 de la thèse.

²⁶⁷⁹ Cf. Partie I, titre I, chapitre 2 de la thèse.

²⁶⁸⁰ Article 72 de la Constitution du 4 novembre 1848 ; article 3 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat.

²⁶⁸¹ Article 74 de la Constitution du 4 novembre 1848 ; article 3 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat ; article 4 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics.

²⁶⁸² Cité par L. Cornudet, *Lettre de Cornudet à Montalembert, novembre 1852*, *op. cit.*, p. 312. Voir : L. Fougère (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 491.

l'essor des Conseils de la justice en Europe. C'est ainsi que, interrogé sur l'existence d'une responsabilité politique des magistrats en Autriche, le Professeur Pfersmann devait apporter la réponse qui suit : « *Le principe de l'indépendance du juge fonctionnaire inamovible n'est sauvegardé que s'il est libre de toute pression extérieure et soumis uniquement à une autorité disciplinaire ou pénale bénéficiant des mêmes garanties que lui. Le droit constitutionnel autrichien ne connaît par conséquent aucune forme de responsabilité politique du juge, car la possibilité accordée à un organe élu ou responsable devant lui de révoquer un titulaire de sa fonction juridictionnelle serait en contradiction avec le principe de l'inamovibilité* »²⁶⁸³. Et afin d'étayer son propos, l'auteur prenait alors soin de rappeler que la principale responsabilité politique dont eurent à souffrir des juges autrichiens au cours du XXe siècle, avait été celle qui, sous couvert de réorganiser la Cour constitutionnelle en 1929, conduisit à priver tous les membres nommés à vie de leur poste. Hans Kelsen faisait partie de ceux-là. Un regard analogue pourrait assez certainement être porté vis-à-vis d'un nombre important d'autres pays d'Europe continentale, depuis la République italienne établie dans les années suivant la chute du Régime fasciste, jusqu'aux démocraties nées au lendemain de l'effondrement du « Bloc de l'Est ».

Il convient cependant de reconnaître que ce rejet de principe d'une responsabilité politique des magistrats, ne possède pas *a priori* d'équivalent dans les pays de culture anglo-saxonne. Le Professeur Goré relève en effet que : « *certaines Etats, en particulier ceux qui comme les Etats-Unis garantissent à leurs juges une immunité absolue, soulignent l'importance d'une responsabilité politique, « political accountability » : les juges doivent rendre compte de leurs actes à tous les stades de leur fonction, depuis leur désignation jusqu'à leur éventuelle révocation ou démission* »²⁶⁸⁴. Pourtant, force est de noter qu'une telle responsabilité a, y compris aux Etats-Unis, bénéficié d'une postérité limitée, ou tout du moins contrastée. Dans le cas précis des Etats-Unis, l'idée d'une responsabilité politique des juges fédéraux avait été écartée dès l'origine, sous l'influence d'Alexander Hamilton, au profit d'une application exceptionnelle de la procédure de l'*impeachment*²⁶⁸⁵. C'est dès lors uniquement à l'échelon des Etats fédérés, que celle-ci a pu trouver un terreau

²⁶⁸³ O. Pfersmann, *Autriche*, in T. S. Renoux (dir.), *Le statut constitutionnel des juges du siège...*, *op. cit.*, p. 119.

²⁶⁸⁴ M. Goré, *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, EJCL, vol. 11.3, december 2007, p. 2, www.ejcl.org.

²⁶⁸⁵ A. Hamilton, *The powers of the Senate continued*, The New York Packet, New York; A. Hamilton, *The judiciary department*, McLean's Edition, New York; A. Hamilton, *The judiciary continued*, McLean's Edition, New York, in Hamilton, Alexander; John Jay; and James Madison, *The Federalist papers*, *op. cit.*, www.etext.veirginia.edu.

favorable à son développement, au moyen du mécanisme du *recall*²⁶⁸⁶. Apparue dans l'Etat de l'Orégon en 1908, avec son inscription dans la Constitution, cette procédure a été reprise par une demi-dizaine d'Etats entre 1911 et 1915, pour finalement voir son ancrage se stabiliser autour de vingt-cinq Etats fédérés dans le courant du XXe siècle. Le *recall* s'analyse concrètement comme un mécanisme de type plébiscitaire, destiné à révoquer des juges ou des fonctionnaires par voie populaire. Il peut intervenir dans deux hypothèses : soit que l'intéressé ait été nommé par le gouverneur de l'Etat et doive, après une certaine période, voir sa désignation confirmée par un vote populaire ; soit que la population nourrisse des griefs face à la manière dont il remplit ses fonctions publiques, et demande en conséquence au moyen d'une pétition, sa révocation par l'électorat. Ce mécanisme de responsabilité politique a toutefois connu un essor précaire. Ainsi que l'écrivait Maxime Tourbe en 2006, faisant en cela écho à d'autres auteurs : « *Quel qu'ait été le succès des partisans du recall des juges, on ne peut raisonnablement affirmer qu'il ait été durable, ni même qu'il se soit concrétisé* »²⁶⁸⁷. Dès 1912, une vaste enquête pluridisciplinaire initiée par l'*American academy of political and social science*, permit de souligner les dangers d'une telle procédure. Parmi les intervenants, le Sénateur républicain Jonathan Bourne estimait que : « *Ce serait une stérile contre-vérité, qu'affirmer que nos Cours ont, en tout temps et en toute choses, agi de manière à mériter et gagner la confiance du public* »²⁶⁸⁸. De même, le Professeur Jones Ford jugeait que : « *En pratique, (le maintien d'un tel système) signifierait que toute « machine » politique pourrait exercer une pression sur les Cours par le pouvoir de lancer un juge dans l'arène pour lutter pour sa vie* »²⁶⁸⁹. Cette étude scientifique fut largement confortée, en parallèle, par celle de la présidence des Etats-Unis. Les deux présidents républicain et démocrate qui se succédèrent entre 1909 et 1921, William Taft et Woodrow Wilson, se prononcèrent tous deux contre ce mécanisme de responsabilité.

L'ancien Président républicain entre 1901 et 1909, Theodore Roosevelt, devait d'ailleurs, à l'occasion de sa campagne malheureuse de 1912, suggérer la mise en

²⁶⁸⁶ E. Lambert, *Le gouvernement des juges...*, op. cit., pp. 92-108 ; G. Scoffoni, *Etats-Unis, Annuaire international de justice constitutionnelle, Le statut constitutionnel des juges du siège...*, op. cit., pp. 216-218 ; M. Tourbe, *La conception du pouvoir judiciaire chez Woodrow Wilson. Le réalisme juridique à l'épreuve du gouvernement des juges*, Jus politicum – Revue internationale de droit politique, n° 4, 2010, p. 81-87, www.juspoliticum.com.

²⁶⁸⁷ M. Tourbe, *La conception du pouvoir judiciaire chez Woodrow Wilson...*, op. cit., p. 82, www.juspoliticum.com. Voir également : E. Lambert, *Le gouvernement des juges...*, op. cit., pp. 95-97 ; G. Scoffoni, *Etats-Unis*, in T. S. Renoux (dir.), *Le statut constitutionnel des juges du siège...*, op. cit., pp. 217-218.

²⁶⁸⁸ Cité par E. Lambert, *Le gouvernement des juges...*, op. cit., p. 97.

²⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 97.

place d'une procédure de *recall* des décisions rendues par les juridictions des Etats fédérés. Cette proposition avait précisément vocation à prévenir une utilisation abusive du *recall* des juges, qui aurait eu pour objet de sanctionner ces derniers en raison de décisions juridictionnelles jugées inopportunes. Elle rejoignait en cela la prise de conscience qui s'était imposée à la fin du XVIII^e siècle, en théorie puis en pratique, de la nécessité de préserver les juges fédéraux d'une « *impeachment-mania* »²⁶⁹⁰. Selon le Candidat du « parti progressiste » de 1912, l'utilisation du *recall* à l'encontre des juges fédérés supposait d'être réservée à des situations exceptionnelles, en cas de nécessité de sanctionner des comportements mettant gravement en cause leur dignité individuelle. La conjugaison de toutes ces actions contribuèrent « *puissamment* », d'après les termes employés par le Professeur Lambert, « à arrêter l'expansion »²⁶⁹¹ du *recall* des juges. Sur le plan pratique, Arthur Link et William Catton ont pu rétrospectivement constater à cet égard, en 1967, qu'aucun juge d'une cour d'appel ou d'une cour suprême d'un Etat fédéré n'avait alors été révoqué par le biais de ce mécanisme²⁶⁹². Or, si l'idée de pouvoir révoquer politiquement des juges fédérés bénéficie encore d'un certain soutien auprès de la population, les raisons qui ont présidé à l'introduction du *recall*, à savoir la volonté d'empêcher les juges d'imposer leurs conceptions économiques et sociales au Pouvoir politique, se sont progressivement dissipées. En revanche, les critiques formulées à l'endroit d'une responsabilité politique des juges sont demeurées inchangées²⁶⁹³. Ce qui est vrai à l'égard du *recall* des juges, l'est également, pour partie du moins, vis-à-vis du mécanisme de l'*address* parlementaire. Principalement appliquée aux juges supérieurs ou fédéraux, et notamment en vigueur au Royaume-Uni, au Canada, en Australie ou encore en Afrique du Sud, cette procédure est traditionnellement associée à une responsabilité politique par la doctrine européenne-

²⁶⁹⁰ J. A. Ferejohn, L. D. Kramer, *Independent judges, dependent judiciary: institutionalizing judicial restraint*, New-York University law review, vol. 77.962, october 2002, pp. 978-981 ; C. G. Geyh, *The origins and history of federal judicial independence*, in American bar association (ABA), *An independent judiciary*, Report of the Commission on separation of powers and judicial independence, www.abanet.org.

²⁶⁹¹ E. Lambert, *Le gouvernement des juges...*, op. cit., p. 95.

²⁶⁹² A. S. Link, W. B. Catton, *American Epoch. A history of the United States since the 1890's*, vol. I – 1897-1920, Alfred A. Knopf, New York, 3e ed., 1967, p. 90.

²⁶⁹³ Voir par exemple : Corine Lesnes, *Une proposition de référendum veut rendre possible de juger les juges*, Le Monde, 26 octobre 2006. En l'occurrence, un ressortissant californien avait initié un projet de référendum intitulé « *Jail for judges* » ou « *Judicial accountability initiative law for judge* ». Destinée à pouvoir traduire les juges fédérés devant un tribunal populaire, cette proposition avait été vivement contestée par l'ancien membre de la Cour suprême des Etats-Unis, Sandra Day O'Connor. Dans un discours prononcé à la Faculté de droit de Georgetown à New York, le 28 septembre 2006, celle-ci avait alors estimé que : « *Utiliser les juges comme des punching-balls présente une grave menace pour l'indépendance de la justice* », avant de conclure que, s'il en faut : « *beaucoup pour qu'un Etat sombre dans la dictature, il faudrait éviter d'en commencer le cheminement pour pouvoir en éviter l'instauration* ».

continentale²⁶⁹⁴. Or, ainsi conçue, la légitimité et le maintien de cette procédure tiennent essentiellement à ce qu'elle présente l'avantage, selon la formule utilisée par la Cour suprême du Canada, de rendre : « *la révocation d'un juge plus difficile en pratique à cause de (sa) solennité, de (sa) lourdeur et de (sa) visibilité* »²⁶⁹⁵. De fait, l'*address* parlementaire a très rarement été mise en œuvre par le passé, au sein des pays concernés, et est très largement tombée en désuétude dans ces derniers. Enfin et pour conclure, il est sans doute opportun de rappeler, en référence à des développements déjà consacrés à cette question²⁶⁹⁶, que les pays de culture anglo-saxonne appréhendent aujourd'hui cette procédure sous un angle profondément judiciarisé, contribuant ainsi à faire émerger l'idée d'une responsabilité « constitutionnelle ».

2°) L'option d'une responsabilité constitutionnelle

637. Auditionné par la Commission des lois l'Assemblée nationale, en 1998, sur le projet *in fine* avorté de réforme constitutionnelle du Conseil supérieur de la magistrature, le Professeur Renoux avait incidemment préconisé de compléter les responsabilités civile, pénale et surtout disciplinaire des magistrats français, par un mécanisme de responsabilité « constitutionnelle ». Citant l'exemple de l'Allemagne où : « *la Cour constitutionnelle peut, à la demande du Parlement, destituer un juge qui aurait violé gravement la constitution* », il s'était subséquemment exprimé dans les termes suivants : « *je pense à cet égard aux arrêts de règlement : comment sanctionner l'empiètement sur les compétences du pouvoir législatif que ceux-ci constituent ? Le principe d'une responsabilité constitutionnelle du magistrat permettrait d'assurer le respect du principe de la séparation des pouvoirs, essentiel à la démocratie* »²⁶⁹⁷. Et l'Universitaire de conclure : « *Pour résumer : pas de juge justicier, pas de juge serviteur, si ce n'est de la loi ; un contrôle politique de la fonction juridictionnelle, mais pas de politisation du corps* »²⁶⁹⁸. Si cette suggestion n'a pas eu de suite au niveau de la Chambre basse, laquelle a préféré confirmer le projet gouvernemental de mise en minorité des magistrats au sein du Conseil supérieur de la magistrature, elle n'en présente pas moins un intérêt quant au souci d'aboutir à un équilibre entre, d'une part, la préservation de l'indépendance et de

²⁶⁹⁴ Voir par exemple : M. Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, R. David (trad.), PUAM Economica, Droit public positif, Paris-Aix-en-Provence, 1990, pp. 133-137 ; G. Delaloy, *Le pouvoir judiciaire*, PUF, Droit et justice, Paris, 1^{ère} éd., 2005, pp. 56-57.

²⁶⁹⁵ Cour suprême du Canada, arrêt du 19 décembre 1995, « *Valente...* », *op. cit.*, p. 697.

²⁶⁹⁶ Cf. Partie I, titre II, chapitre 1 de la thèse.

²⁶⁹⁷ J. Floch, rapport n° 930..., *op. cit.*, p. 57.

²⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 58.

l'impartialité de l'organe principal d'éviction, et, d'autre part, la sanction des empiètements abusifs dans la sphère politique. La notion de responsabilité « constitutionnelle » sert en l'occurrence à désigner des procédures judiciairisées applicables dans certains pays, en vue de sanctionner des « *violations du droit spéciales, prévues par la Constitution* »²⁶⁹⁹. Bien qu'elle possède une certaine proximité avec la responsabilité politique, elle paraît néanmoins pouvoir s'analyser comme une responsabilité distincte, en voie de juridicisation.

638. Au vu du commencement de définition qui a été donné de la responsabilité constitutionnelle, il est possible de déceler quelques illustrations de son application au sein des « grandes démocraties », et de répartir celles-ci en deux sous-catégories. Le premier de ces ensembles regroupe des mécanismes de responsabilité faisant intervenir, lors de la phase de jugement, un organe juridictionnel uniquement composé de magistrats. Tel est principalement le cas du *Richteranklage* allemand, que le Professeur Renoux avait, ainsi que cela a été mentionné plus haut, suggéré de transposer à la France. L'article 98 (2) de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 dispose que : « *Si, dans l'exercice de ses fonctions ou en dehors de celles-ci, un juge fédéral contrevient aux principes de la Loi fondamentale ou à l'ordre constitutionnel d'un Land, la Cour constitutionnelle fédérale peut, à la demande du Bundestag et à la majorité des deux tiers, ordonner la mutation d'un juge à d'autres fonctions ou sa mise en retraite. Si le juge y contrevient intentionnellement, la révocation peut être prononcée* ». Le cinquième alinéa de cet article autorise en outre les *Länder* à adopter une réglementation analogue pour les juges des Etats fédérés, sachant que, dans cette hypothèse, la Cour constitutionnelle fédérale est également compétente pour statuer sur les accusations émises²⁷⁰⁰. Si au niveau fédéral, la fonction d'accusation relève d'un organe ayant une composition politique, à savoir la chambre basse du Parlement, la fonction de jugement est en revanche confiée à une juridiction à part entière : la Cour dite de « Karlsruhe ». Or, s'agissant d'une institution qui a été jusqu'à admettre sa compétence, à certaines époques, pour contrôler la conformité à la Constitution des lois de révision constitutionnelle, son indépendance à l'endroit du Pouvoir politique saurait difficilement être mis en doute. Pour le Professeur Gas, la notion de contravention aux « *principes de la Loi fondamentale* », vise les : « *principes essentiels : il faut vraiment démontrer que le juge manque, de manière suffisamment grave, aux principes fondamentaux de la démocratie et du « Rechtsstaat »* ». Cette

²⁶⁹⁹ M. Cappelletti, *Le pouvoir...*, *op. cit.*, p. 137.

²⁷⁰⁰ T. Gas, *Le fonctionnement des Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, *op. cit.*, p. 99 ; M. Fromont, *République fédérale d'Allemagne*, T. S. Renoux (dir.), *Le statut constitutionnel des juges du siège...*, *op. cit.*, p. 331.

idée de gravité explique que le juge bénéficie de « *garanties procédurales qui rendent assez difficile* » sa révocation sur ce fondement, au point qu'elle n'a « *jamais été déclenchée* »²⁷⁰¹. La seule fois où son utilisation a été envisagée a, semble-t-il, eu trait à la condamnation à un an de prison avec sursis, d'une personne qui avait été jugée coupable d'incitation à la haine raciale pour avoir soutenu l'inexistence des chambres à gaz pendant la Seconde Guerre mondiale. Les deux juges pénaux à l'origine de cette sentence avaient justifié la faiblesse de celle-ci, au motif que cette personne avait paru réellement convaincue par l'exactitude de sa thèse, et était : « *une forte personnalité ayant le sens des responsabilités avec des principes clairs* »²⁷⁰². Comme le précise le Professeur Fromont, si la procédure du *Richteranklage* ne fut finalement pas mise en œuvre à l'encontre des juges concernés, l'un d'eux choisit de démissionner après avoir été mis en congé pour raison de santé, et leur jugement fut quant à lui cassé par la Cour fédérale de justice.

Parallèlement à cette première sous-catégorie de responsabilité constitutionnelle, qui ne trouve pas véritablement d'équivalent dans le droit positif, il est possible d'évoquer un deuxième ensemble de procédures, qui attribuent le pouvoir de jugement à un organe composé en tout ou partie de parlementaires. Tel est le cas aux Etats-Unis du mécanisme de l'*impeachment* qui, bien que visant, d'après l'article II section 4 de la Constitution, les seuls président, vice-président et fonctionnaires civils des Etats-Unis, est également appliqué aux juges fédéraux. Cette procédure a déjà été en partie étudiée²⁷⁰³, et il s'agit seulement ici d'en souligner certains traits. L'article I section 2 (5) de la Constitution des Etats-Unis dispose que le « *pouvoir de mise en accusation* » appartient à la Chambre des représentants, tandis que la section 3 (6) confie au Sénat le « *pouvoir de juger les personnes mises en accusation* » par cette dernière. Selon l'article II section 4 sus-évoqué, une condamnation peut uniquement intervenir « *pour trahison, corruption ou autres crimes et délits* », et après avoir été décidée, en application de l'article I section 3 (6), « *par un vote des deux tiers des membres présents* ». Enfin, l'article I section 3 (7) précise que : « *les condamnations prononcées en cas d'impeachment ne pourront excéder la destitution et l'interdiction d'occuper tout poste de confiance ou d'exercer toute fonction honorifique ou rémunérée des Etats-Unis* ». Cette procédure, bien qu'elle ne fasse pas intervenir un organe juridictionnel qui comprendrait uniquement des magistrats, pendant la phase de jugement, apparaît

²⁷⁰¹ T. Gas, *Le fonctionnement des Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, op. cit., p. 100.

²⁷⁰² M. Fromont, *République fédérale d'Allemagne*, T. S. Renoux (dir.), *Le statut constitutionnel des juges du siège...*, op. cit., p. 331.

²⁷⁰³ Cf. Partie I, titre II, chapitre 1 de la thèse.

néanmoins fortement judiciarisée²⁷⁰⁴. En atteste, pour s'en tenir à la seule lettre des dispositions citées, la formulation des deux premières phrases de l'article I section 3 (6) suivant laquelle : « *Le Sénat aura seul le pouvoir de juger les personnes mises en accusation par la Chambre des représentants. Lorsqu'il siégera à cet effet, les sénateurs prêteront serment ou feront une déclaration solennelle* ». Les comportements susceptibles de justifier une condamnation, à savoir la trahison, la corruption ou les autres crimes et délits, doivent quant à eux être appréciés, s'agissant des juges fédéraux, à la lumière de l'exigence de dignité qui résulte de l'article III section 1, laquelle disposition prévoit précisément que : « *Les juges de la Cour suprême et des cours inférieures conserveront leurs charges aussi longtemps qu'ils en seront dignes* ». Or, après avoir initialement cherché à promouvoir une lecture politique de l'*impeachment*, dans son utilisation contre ces juges, le Pouvoir politique a finalement adhéré l'opinion des *Fathers* qui souhaitaient réserver l'usage de cette procédure aux manquements les plus graves. De fait, à partir de l'échec de la destitution du juge de la Cour suprême Samuel Chase, en 1798, l'*impeachment* a été mis en œuvre à l'encontre de seulement treize juges fédéraux, aboutissant à la révocation de sept d'entre eux²⁷⁰⁵. A côté du cas américain, il est également possible d'évoquer l'exemple japonais²⁷⁰⁶, dont l'article 78 de la Constitution précise que les juges : « *ne peuvent être révoqués que par la voie de la mise en accusation publique* ». Connu sous l'appellation de *dangai*, et régi par l'article 64 de la Constitution et la loi sur l'accusation des juges, ce mécanisme est complémentaire de la responsabilité disciplinaire susceptible d'entraîner des sanctions de moindre importance. Tout justiciable qui établit qu'un juge doit faire l'objet d'une telle accusation peut, d'après les articles 5 et 15 de la loi précitée, soumettre une requête auprès d'un Comité d'accusation composé à parité de vingt membres issus des deux chambres de la Diète. Mais la fonction de jugement appartient pour sa part, selon les articles 64 de la Constitution et 16 de la même loi, d'une « *Cour d'accusation* » qui comprend paritairement quatorze membres pris dans chacune des assemblées parlementaires. Les garanties procédurales qui tiennent notamment à la complexité de la mise en œuvre de ce dispositif, se révèlent, comme pour le *Richteranklage* allemand et l'*impeachment* américain, à proportion de la gravité des fautes qu'il a pour objet de réprimer. En effet, ainsi que le prévoit l'article 2 de la loi sur l'accusation des juges, cette procédure peut être engagée contre les juges qui « *ont*

²⁷⁰⁴ *Ibid.*

²⁷⁰⁵ J. A. Ferejohn, L. D. Kramer, *Independent judges, dependent judiciary: institutionalizing judicial restraint*, New-York University law review, vol. 77.962, october 2002, pp. 978-981

²⁷⁰⁶ T. S. Renoux, *De l'indépendance de la justice au Japon*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, Paris, 2010, p. 107.

manqué gravement à leurs obligation professionnelle ou ont négligé considérablement leur mission », ou qui « *ont commis un acte inadmissible qui nuit gravement à leur autorité de juge, que ce soit dans le cadre officiel ou privé* ».

639. Malgré le caractère fortement judiciairisé de ces différentes procédures, allemande, américaine ou japonaise, une majorité de la doctrine paraît malheureusement plus encline à concevoir celle-ci comme une forme de responsabilité politique. Ce constat vaut à la fois à l'égard des études de référence consacrées à la responsabilité des juges²⁷⁰⁷, et vis-à-vis de celles ayant trait à la notion plus large de responsabilité politique²⁷⁰⁸. Les auteurs concernés ne nient pourtant pas totalement les spécificités de la responsabilité constitutionnelle, et la difficulté à faire entrer celle-ci dans les cadres de la « *responsabilité politique classique* ». Le Professeur Cappelletti reconnaît en ce sens que : « *A première vue la responsabilité constitutionnelle peut...apparaître comme relevant du type de la responsabilité « juridique » plutôt que de celui de celui de la responsabilité « politique »* »²⁷⁰⁹. De même, concernant la nature des procédures « *politico-criminelles* » applicables en droit constitutionnel général, parmi lesquelles l'*impeachment*, le Professeur Baranger admet que leur : « *proximité avec la responsabilité pénale tient à ce que la culpabilité sera appréciée à raison de la « légalité » de certains faits passés, par une autorité qui, même si elle est souvent de nature politique (Sénat français en 1875, Sénat américain) ou à composition politique (Haute Cour de Justice), est constituée pour l'occasion en juridiction, respectant une procédure et des garanties juridictionnelles* »²⁷¹⁰. Cependant, les tenants de cette conception font ensuite valoir deux arguments pour justifier leur point de vue. Le premier, principalement mis en avant par le Professeur Baranger, pour signifier qu'il « *s'agit...bien d'une responsabilité politique* », tient à ce que : « *la révocation, qui réprime la violation de principes fondamentaux du régime, est*

²⁷⁰⁷ Voir par exemple : M. Cappelletti, *Le pouvoir...*, *op. cit.*, pp. 137-139 ; G. Delaloy, *Le pouvoir...*, *op. cit.*, pp. 57-58.

²⁷⁰⁸ D. Baranger, *Responsabilité politique*, S. Rials, D. Alland (dir.), *op. cit.*, pp. 1358-1359 ;

²⁷⁰⁹ M. Cappelletti, *Le pouvoir...*, *op. cit.*, p. 137.

²⁷¹⁰ D. Baranger, *op. cit.*, pp. 1358-1359. Les Professeurs Beaud et Lauvaux opinent dans le même sens, soulignant que bien qu'elle corresponde à une procédure « *de nature essentiellement politique, l'impeachment n'en reste pas moins fortement juridictionnalisée* ». Et les deux Universitaires de poursuivre : « *Les phases de l'impeachment sont celles d'une procédure juridictionnelle classique : la Chambre instruit l'affaire et décide de la mise en accusation, le Sénat prononce le jugement. Mais encore, la mise en œuvre de l'impeachment s'accompagne, en dépit de sa nature politique, d'un strict respect de la présomption d'innocence, et ceci jusque sur un point essentiel : c'est qu'elle n'affecte pas la situation institutionnelle du président aussi longtemps qu'il n'a pas été condamné* ». Voir : O. Beaud, P. Lauvaux, *Sur le prétendu « impeachment à la française »*. *Réflexions sur le projet de loi constitutionnelle instaurant une responsabilité politique du président de la République*, Dalloz, 2003, pp. 2646 et s.

soit la sanction principale, soit une peine accessoire »²⁷¹¹. Le second argument, plus essentiellement développé par le Professeur Cappelletti, réside dans le fait que le juge : « *ne doit pas répondre ici – au moins avant tout – du fait qu’il ait violé le droit, mais plutôt de la manière dont il s’est comporté..., ce comportement étant apprécié sur la base de critères d’ordre « politique »* »²⁷¹². Selon l’Universitaire italien, cette circonstance découle de ce que : « *les violations du droit visées par la constitution sont de nature éminemment politique, vaguement précisées par le « lex superior »..., et que pour cette raison elles ouvrent un large champ à une interprétation créative de droit par les organismes de nature politique ou quasi-politique chargés de les sanctionner* »²⁷¹³.

Ces justifications, si elles ont le mérite de souligner le lien étroit qu’entretient la responsabilité constitutionnelle avec la sphère politique, peinent en revanche à emporter la conviction, quant au caractère « non juridique » et tout du moins strictement « politique » de celle-ci. Les deux critères employés, à savoir la nature de la sanction appliquée et la liberté d’interprétation laissée à l’organe politique d’éviction, ne sont pas le propre de la responsabilité politique. Ils caractérisent également la responsabilité disciplinaire. La révocation constitue ainsi, au niveau de cette dernière responsabilité, la mesure la plus grave dans l’échelle des sanctions. De même, l’autorité disciplinaire dispose-t-elle, théoriquement du moins, d’une latitude non négligeable dans l’appréciation de la faute. Georges-Daniel Marillia souligne en effet en ce sens, à propos du droit commun de la fonction publique, que : « *la faute disciplinaire n’est définie ni par la loi, ni par le règlement, ni par la jurisprudence. Elle est constituée par tout manquement du fonctionnaire ou de l’agent public à ses obligations imposées en vue d’assurer la bonne marche du service public* ». Et le Conseiller d’Etat honoraire d’ajouter : « *Dans des circonstances beaucoup plus rares, un texte légal définira un acte comme faute disciplinaire* »²⁷¹⁴. Or, s’agissant d’une responsabilité qui entretient des « *rappports très étroits* »²⁷¹⁵ avec la déontologie, c’est à la fois la violation d’une règle de droit peu précise, et un comportement incompatible avec l’idéal attaché à la fonction exercée, qui vont se trouver jugés par l’autorité disciplinaire. Mais en dépit de ces traits de caractère, force est de noter que la responsabilité disciplinaire est plus volontiers associée, en

²⁷¹¹ *Ibid.*, p. 1358.

²⁷¹² M. Cappelletti, *Le pouvoir...*, *op. cit.*, pp. 133 et 135. .

²⁷¹³ *Ibid.*, p. 137.

²⁷¹⁴ G.-D. Marillia, *Les obligations des fonctionnaires des trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, Le point sur, Paris, 4^e éd., 2008, p. 164.

²⁷¹⁵ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La déontologie du magistrat*, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 2^e éd., 2009, p. 15.

droit positif, à une responsabilité « juridique » que « politique ». Il y a d'ailleurs quelque chose de paradoxal dans ce constat, dans la mesure où elle revêt par certains aspects, des traits beaucoup plus politiques que la responsabilité constitutionnelle. En effet, tandis que la compétence disciplinaire « *est souvent remis(e), au moins pour partie, à des entités politiques* »²⁷¹⁶ au sens strict, la responsabilité constitutionnelle a justement pour objet d'offrir une alternative à une telle compétence, dans des systèmes juridiques qui « *exclu(en)t la responsabilité politique devant une institution représentative* »²⁷¹⁷. Cette spécificité a parfaitement été résumée par les Professeurs Beaud et Lauvaux, à propos du système américain. Selon eux : « *Tout comme l'impeachment des juges est un correctif à l'inamovibilité, s'il frappe le président des Etats-Unis, c'est un correctif de l'absence de responsabilité politique devant le Congrès* »²⁷¹⁸. La responsabilité constitutionnelle se situe donc par cet aspect, à mi-chemin entre une forme de responsabilité disciplinaire particulièrement poussée – l'inamovibilité – dans laquelle le pouvoir de sanction appartient à une autorité centrale indépendante, et des formes de responsabilité disciplinaire qui rappellent la responsabilité politique, par le fait que la fonction d'éviction appartient dans une proportion variable à une institution représentative. Or, sachant qu'elle vise plus précisément à sanctionner « *certaines violations du droit spéciales prévues par la Constitution* »²⁷¹⁹, un parallèle mériterait également d'être établi avec le contrôle de constitutionnalité des lois. Ainsi, de même que ce dernier contrôle et la responsabilité disciplinaire, la responsabilité constitutionnelle paraît *in fine* rejoindre cette tendance contemporain marquée par : « *la transformation graduelle des types de contrôle (plus ou moins) politiques en contrôles (plus ou moins) juridiques* »²⁷²⁰.

640. Mais au-delà de l'importance qu'il convient d'attacher à ce débat sur la nature cette responsabilité, il n'en reste pas moins que celle-ci, ainsi que cela a déjà été souligné, n'a que très rarement voire jamais été mise en œuvre dans les pays qui la prévoient. Il serait toutefois erroné, pour conclure par ce biais, d'en déduire son inutilité. Comme le précisait le Professeur Gas en 1998, à propos du *Richteranklage* allemand, ce dispositif : « *a plutôt une fonction préventive, dissuasive, pour que les magistrats n'agissent pas de façon contraire à la Constitution* », sachant que cette : « *même fonction préventive incite les commissions d'élection ou les autorités*

²⁷¹⁶ M. Cappelletti, *Le pouvoir...*, *op. cit.*, p. 135.

²⁷¹⁷ O. Beaud, P. Lauvaux, *Sur le prétendu « impeachment à la française »...*, *op. cit.*, pp. 2646 et s.

²⁷¹⁸ *Ibid.*, pp. 2646 et s.

²⁷¹⁹ M. Cappelletti, *Le pouvoir...*, *op. cit.*, p. 137.

²⁷²⁰ *Ibid.*, p. 136.

administratives à ne pas nommer tel ou tel juges dont le comportement...apparaît douteux »²⁷²¹.

²⁷²¹ T. Gas, *Le fonctionnement des Conseils...*, T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs...*, *op. cit.*, p. 99.

CHAPITRE 2 . UNE GARANTIE DU MAGISTRAT IMPARTIAL FACE AU TITULAIRE DE L'EMPLOI

641. Dans son approche de l'inamovibilité, le Ministère de la justice du Canada, pays situé à la jonction des cultures européenne continentale et anglo-saxonne, exprime aujourd'hui sa préférence pour l'expression française : « (*occuper son poste*) à titre inamovible », au détriment de la traditionnelle formule de *Common law* : « (*to hold office*) during good behaviour »²⁷²². Vu du « vieux continent », un tel choix n'est pourtant pas sans susciter un certain malaise, eu égard à l'image négative que revêt tout aussi traditionnellement cette formulation absconse, vis-à-vis du passé hexagonal. En effet, tandis que le Pouvoir politique s'était assuré à compter de la Révolution, le pouvoir de contourner la garantie de l'inamovibilité en jouant sur l'arbitraire du recrutement et de l'avancement dans la magistrature, Alexis de Tocqueville avait pu affirmer avec succès, en 1835 : « *On veut que les juges soient inamovibles pour qu'ils restent libres ; mais qu'il importe que nul ne puisse leur ravir leur indépendance, si eux-mêmes en font volontairement le sacrifice* »²⁷²³. Parce qu'elle donnait d'abord le sentiment d'une garantie accordée au magistrat contre l'arbitraire non consenti du Pouvoir, l'inamovibilité semblait impropre à défendre le magistrat contre lui-même. Faute de voir l'inamovibilité complétée par un encadrement juridique suffisant du recrutement et de l'avancement, Le XIXe siècle a vu prospérer cette croyance suivant laquelle le magistrat serait, à la vérité, le meilleur dépositaire de son indépendance globale. Ce sentiment s'est maintenu jusqu'à aujourd'hui, sous la plume de divers auteurs. Le Professeur Hébraud affirmait ainsi en 1959 : « *Tout le monde convient que l'indépendance est essentiellement disposition d'esprit et fermeté de caractère* »²⁷²⁴. De la même façon, les Professeurs Solus et Perrot écrivaient en 1961 : « *On a bien souvent observé – et il importe d'y insister, – que l'indépendance et l'impartialité des juges résident plus dans leur caractère que dans les lois* »²⁷²⁵. Le Professeur Varaut insistait encore en 2003, sur

²⁷²² Ministère de la justice du Canada, *Amovibilité et inamovibilité*, www.justice.gc.ca.

²⁷²³ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, vol. 2, Librairie de Charles Gosselin, Paris, 4^e éd., 1836, p. 180

²⁷²⁴ P. Hébraud, *L'autorité judiciaire*, *op. cit.*, p. 77.

²⁷²⁵ H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, *op. cit.*, p. 662.

le fait que : « *l'indépendance est avant tout affaire de tempérament* »²⁷²⁶. Enfin, les Professeurs Guinchard, Montagnier, Varinard et Debard soulignaient toujours en 2009, que l'indépendance et l'impartialité reposent « *avant tout sur des qualités d'esprit personnelles* », sachant que : « *celui qui a choisi cette fonction entend par là même faire preuve d'indépendance (et donc d'impartialité) par rapport au réseau des relations diverses* »²⁷²⁷.

Mais si le magistrat est ainsi envisagé depuis la première moitié du XIXe siècle, comme la meilleure caution de son indépendance globale, la reconnaissance de garanties statutaires par le Pouvoir, n'en a pas moins continué à être regardée comme un complément nécessaire. Son champ d'application s'est néanmoins trouvé étroitement associé, et donc limité, à la protection du magistrat contre le risque de pressions émanant du seul Pouvoir politique. Ce lien s'est renforcé au fur et à mesure de la constitution d'un véritable statut de la magistrature. Tandis qu'au début du XXe siècle, l'indépendance statutaire du magistrat se résumait encore assez largement à l'inamovibilité au sens où la critiquait Alexis de Tocqueville, elle repose depuis 1958 sur un statut unique qui régit aussi bien le recrutement, que les différents aspects de la carrière du magistrat. Mais en dépit de cette évolution, « *le rôle essentiel du statut* » reste, comme le souligne bien le Professeur Wiederkher : « *de...permettre l'exercice correct de la fonction de juger* ». Selon l'auteur : « *Il a donc beaucoup moins pour objet de régenter le comportement des magistrats, celui-ci étant bien davantage sous l'empire des règles de procédure, que de les mettre à l'abri des pressions extérieures et spécialement de celles du pouvoir exécutif. Il n'est pas le canon du juge, mais plutôt le code de conduite du pouvoir...à l'égard des magistrats* »²⁷²⁸. Le rapport d'adéquation qu'entretiennent le statut du magistrat et l'indépendance vis-à-vis du Pouvoir, a ainsi eu pour conséquence de reléguer la question de la vertu du magistrat, au rang d'un simple problème de procédure, voire de la rejeter dans la sphère du non-droit, si ce n'est de la morale. Le Professeur Eisenmann n'opinait pas autrement en 1929, dans sa thèse de doctorat. Pour celui-ci : « *ce n'est...pas l'impartialité du juge que doit chercher à garantir le droit positif : sur cette qualité intellectuelle et d'ailleurs difficilement définissable..., le droit n'a pas d'action directe, les moyens juridiques n'ont pas de prise. Ce qu'il faut à tout prix garantir, c'est l'indépendance des juges, qui est la condition, sinon suffisante, du moins nécessaire de l'impartialité, celle qui fera, non pas que les juges soient*

²⁷²⁶ J.-M. Varaut, *Indépendance*, in D. Alland, S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 296.

²⁷²⁷ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *op. cit.*, 10e éd., 2009, p. 107.

²⁷²⁸ G. Wiederkher, *op. cit.*, p. 579-580.

impartiaux, mais qu'ils ne soient pas empêchés de l'être, s'il est en eux de l'être »²⁷²⁹.

642. Cette scission entre l'existence d'un statut ou de garanties statutaires, d'une part, et la question de la vertu du juge, d'autre part, ne va pourtant pas sans susciter une certaine perplexité quant à la raison d'être de l'Etat. Il est en effet possible d'opposer à un statut aussi complet que le système de carrière, dans son acception actuelle, une critique analogue à celle qui était adressée à l'inamovibilité telle que dénoncée par Tocqueville. Les Professeurs Guinchard, Montagnier, Varinard et Debard affirmaient en effet, cent soixante-quinze ans après le penseur politique : « *Si un bon statut est un statut offrant des garanties contre certaines pressions, il n'est rien si l'homme qui en bénéficie est par nature servile et enclin à sacrifier certains principes sur l'autel de ses intérêts personnels* »²⁷³⁰. Dans ces conditions, dire comme le faisait le Professeur Eisenmann, qu'il ne faut pas chercher à s'assurer de la vertu du juge par un statut juridique, alors que c'est d'elle que dépend *in fine* sa véritable indépendance, revient à admettre, ou bien la négligence, ou bien l'impuissance de l'Etat. Ceci est d'autant plus vrai que cette indépendance complète constitue un objectif difficile à atteindre. De l'aveu de l'Avocat général Commaret, elle : « *est une obligation astreignante, imposant une vigilance individuelle (et collective) à l'égard de toutes les allégeances qui risquent d'entamer sa distance nécessaire, y compris vis-à-vis de ses propres prédilections. De même que le sens de la justice procède d'abord de la confrontation à l'injuste, la liberté du magistrat commence par la prise de conscience de sa non liberté* »²⁷³¹. L'indépendance statutaire traditionnelle, ne saurait donc y prétendre à elle seule. Cette négligence ou impuissance de l'Etat s'avère particulièrement problématique, puisqu'il est justement requis de lui, une capacité à faire rendre de manière impartiale, cette fonction centrale et de paix publique qu'est la justice. Assurer l'exercice correct de la fonction de juger au moyen d'un statut classique, même complété par des règles procédurales, ne suffit pas. Le justiciable attend encore que le juge qui lui est « imposé » par l'Etat, possède lui-même cette très haute vertu qu'est l'impartialité²⁷³². Le gouvernant prévoyant et conscient de la fragilité du Pouvoir politique, ne saurait d'ailleurs l'oublier lorsqu'il participe à la sélection des

²⁷²⁹ C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, 1928, rééd. Economica-PUAM, Droit public positif, Paris, 1986, p. 176.

²⁷³⁰ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *op. cit.*, 10e éd., 2009, p. 156.

²⁷³¹ D. Commaret, *Introduction*, in ENM, *La responsabilité des juges*, Centre de ressources de l'ENM, Bordeaux, 1999, p. 10,

²⁷³² Cf. les deux premiers paragraphes du présent titre.

magistrats et à la gestion de leur carrière, car : « *Qui dédaigne Salomon est rejeté vers le tirage au sort et le duel judiciaire* »²⁷³³.

Derrière cette question, c'est donc celle de la survie même de l'Etat qui est en jeu. Comme l'écrit Françoise Dreyfus, l'Etat : « *ne peut conserver sa légitimité qu'à condition que les finalités de son action... demeurent irréductibles à celles poursuivies par tout acteur social* »²⁷³⁴. Or, l'adéquation entre ces finalités et la fonction publique qui les met en œuvre, joue à cette fin un rôle fondamental. Le Conseiller d'Etat Vivien l'expliquait bien dans ses *Etudes administratives* de 1845 : « *L'amour du devoir est la première vertu de l'homme public, vertu féconde et qui vivifie la lettre morte des règlements. Si elle venait à s'éteindre, l'action du pouvoir suprême languirait le plus souvent, vaine et impuissante et le fonctionnaire ne serait plus qu'un vil agent, exécutant servilement une consigne, n'obéissant qu'à l'intérêt ou à la force et se jouant de toute obligation qu'il pourrait éluder impunément* »²⁷³⁵. Parce qu'il y va de sa pérennité, il ne suffit pas que l'Etat se garde d'agir de manière arbitraire contre ses propres agents. Il lui appartient également de s'assurer du concours de personnes qui possèdent cette vocation spécifique, qu'est celle du « *vivre ensemble* », celle de « *la paix publique qui ne va jamais de soi* », et qui leur permet d'être regardés comme des « *agents de paix* »²⁷³⁶. De la même façon que la fonction pacificatrice du magistrat repose sur son impartialité, celle du fonctionnaire a pour fondement sa neutralité. Pourtant, cette recherche paraît depuis longtemps éludée, par des statuts aussi complets que celui de la carrière en France, alors même qu'ils devraient être explicitement affirmés de son essence. Organiser la carrière des fonctionnaires ne présenterait qu'un faible avantage pour l'Etat et les gouvernés, s'il s'agissait de se satisfaire d'une croyance athénienne invoquée à l'appui du système des dépouilles américain au XIXe siècle, et suivant laquelle : « *Tout citoyen athénien (est) compétent pour juger si une trirème (est) propre à tenir la mer et si elle (est) convenablement munie de rames, voiles, armes et provisions* »²⁷³⁷.

643. C'est justement dans la mise en exergue de l'incompatibilité avec une telle approche, que réside le mérite de l'équivalent anglo-saxon de l'expression

²⁷³³ J. Carbonnier, *La justice de Salomon*, in *op. cit.*, p. 444.

²⁷³⁴ F. Dreyfus, *Servir l'Etat, un idéal encore moderne*, Revue Pouvoirs, n° 117, avril 2006, p. 10.

²⁷³⁵ A.-F. Vivien, *Etudes administratives*, t. 1, Librairie de Guillaumin & Cie, Paris, 3e éd., 1859, pp. 256-257.

²⁷³⁶ C. Vigouroux, *op. cit.*, p. 33.

²⁷³⁷ A. Lawrence-Lowell, traduit par A. Jèze, *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, M. Giard, Paris, 1924, p.

française : « (*occuper son poste*) à titre *inamovible* ». Cette dernière formule, comme les termes d'« *inamovibilité* » ou de « *security of tenure* », et « *inamovible* » ou « *irremovable* », peut en effet laisser suggérer que l'inamovibilité se résume à une garantie statutaire classique. Elle ne préjugerait en rien de l'intention de l'Etat, d'assurer et promouvoir la nécessaire vertu du juge. Bien au contraire, l'expression de *common law* : « (*to hold office*) during good behaviour », permet d'insister sur cette exigence. Il ne s'agit pas seulement pour l'Etat, ainsi que le suggérait Hamilton dans les *Federalist papers* n° 78 et 79, d'accorder la protection de l'inamovibilité à quiconque serait élevé à la dignité de juge, mais plus justement de prendre des dispositions pour s'assurer que le titulaire de cette fonction, ou le candidat à cette dernière, réunit bien les qualités nécessaires pour exercer son office avec impartialité²⁷³⁸. Or, si cette formule a pour fondement historique, l'*Act of settlement* britannique de 1701 et la Constitution des Etats-Unis d'Amérique de 1787²⁷³⁹, force est de constater qu'elle trouvait déjà un précédent hexagonal dans l'expression issue de l'ordonnance du 21 octobre 1467 : « (*ne pouvoir être destitué*) que pour *forfaiture* ». Le mot « *forfaire* » signifie au sens large : « *manquer à son devoir* », et au sens strict : « *se laisser corrompre* »²⁷⁴⁰, de sorte qu'appliqué au juge, il exprime un : « *manquement à son devoir d'impartialité* ». Cette expression, reprise après la chute de l'Ancien Régime par la Constitution du 3 septembre 1791 et celles qui lui ont succédé, n'a laissé place au terme « *inamovible* », qu'à partir de la Première Restauration. De manière concrète, l'inamovibilité envisagée sous ce prisme, paraît imposer au Pouvoir de s'assurer du respect d'un double impératif vis-à-vis du magistrat. Il s'agit d'une part, d'une exigence de mérite (**Section 1**), et d'autre part, d'une exigence de stabilité (**Section 2**) dans l'exercice des fonctions juridictionnelles.

SECTION 1 . Une exigence de mérite dans l'exercice des fonctions juridictionnelles

644. L'inamovibilité étant traditionnellement associée, en droit français, à une garantie d'indépendance « statique », la relation qu'elle entretient avec une

²⁷³⁸ A. Hamilton, *The judiciary Department*, n° 78, et *The judiciary continued*, n° 79, *The Federalist...*, *op. cit.*, www.etext.virginia.edu.

²⁷³⁹ Article III § 8 de l'*Act of settlement* de 1701, et article III section 1 de la Constitution du 17 septembre 1787.

²⁷⁴⁰ Dictionnaire de l'Académie française, 1^{ère} éd., 1694, 4^e éd., 1762, 5^e éd., 1798, 6^e éd., 1832-5, 8^e éd., 1932-5.

exigence de mérite du magistrat est souvent regardée avec suspicion. Comme l'écrivait par exemple en 1861, l'Avocat et ancien magistrat Gustave Jourdan : « *L'inamovibilité ne préjuge rien sur le mérite ou le démérite des nominations ; elle ne répare aucune erreur. Elle ne détruit aucun vice ; elle ne garantit qu'une chose, la durée d'effets conformes à la nature des fonctions* »²⁷⁴¹. Les critiques susceptibles d'être formulées à son égard sont d'autant plus fortes, qu'il lui est reproché, en sa qualité de garantie exorbitante contre les évictions arbitraires, de pouvoir couvrir et permettre le maintien dans la magistrature, de personnes « *indignes ou incapables* ». Des auteurs tels que les Professeurs Barthélémy et Duez, se sont cependant attachés à démontrer avec succès, le caractère infondé d'une telle vision²⁷⁴². Ainsi, s'ils reconnaissent que des magistrats inamovibles peuvent être dans l'absolu, « *incapables* », ils excluent en revanche qu'ils puissent être « *indignes* », dans la mesure où l'inamovibilité ne fait « *pas obstacle au jeu des sanctions disciplinaire* ». Il s'agit là d'une simple question d'organisation de la garantie. Mais comme le précisent immédiatement les deux Universitaires, le magistrat inamovible ne saurait non plus être « *incapable* », sous réserve bien entendu, que le Pouvoir se donne la peine « *d'entourer sa nominations de toutes (les) précautions* » utiles. Il s'agit alors ici, moins d'un problème d'inamovibilité, que d'encadrement des modalités de recrutement.

Les Professeurs Barthélémy et Duez soulignent d'ailleurs à bon escient, à l'appui de leur propos, que : « *l'homme qui a eu l'honneur d'être porté à la haute fonction de magistrat ne « doit » pas être un incapable* ». Et il aurait sans doute fallu ajouter : « *et encore moins un indigne* »²⁷⁴³. En effet, il appartient de garder à l'esprit que ces exigences de capacité et de dignité sont, avant tout, des conditions requises du magistrat lui-même. Si l'inamovibilité ne préjuge pas nécessairement du mérite de ce dernier, il devrait *a priori* en aller différemment du recours à cette appellation. Le magistrat est supposé répondre à un certain degré de perfection, que La Roche Flavin a dépeint sous l'Ancien Régime, dans des termes particulièrement imagés. Le Jurisconsulte écrivait alors « *C'est aux Magistrats comme soleils d'esclairer aux autres...les magistrats sont les miroirs vivants des peuples, & des nations, et c'esf à eux à leur reprefenter les vertus, et furtout la jufstice qui est la royne, et l'ame des vertus, la vertu des ames, et le threfor du monde universel. Et puis qu'ils font les flambeaux, et comme les foleils du monde, ils doivent tellement esclairer par leur bon exemple qu'on ne voye en eux que reluire la vertu, la piété, et la fustice, et*

²⁷⁴¹ G. Jourdan, *La justice criminelle en France*, Dubuisson, Bibliothèque utile, Paris, 1861, pp. 110-111.

²⁷⁴² J. Barthélémy, P. Duez, *op. cit.* Cité in J.-L. Spriet, *op. cit.*, p. 72.

²⁷⁴³ *Ibid.*, p. 72.

prendre garde, que le foleil ne s'eclipse, et que la lumiere ne fe change en tenebres, et la clarté en obscurité »²⁷⁴⁴. Cette attente de perfection est même si importante, qu'elle devrait normalement suffire à justifier la nécessaire sanction du démérite, ainsi que son intensité. Dans son commentaire du diptyque : « *Le jugement de Cambyse* », le Professeur Jacob écrit en ce sens : « *Le corps judiciaire tire sa force de sa capacité à trancher sans faiblesse ses membres pourris. La peau du père fautif sur quoi s'assied le fils est le signe le plus éclatant de la légitimité de l'institution, le gage de l'intégrité des juges à venir* »²⁷⁴⁵.

645. Or, si l'appellation de « magistrat » devrait en théorie suffire à renseigner sur le mérite de son bénéficiaire, force est paradoxalement de constater qu'il est possible de rechercher une confirmation expresse, dans une certaine formulation de l'inamovibilité. Il s'agit de l'expression de *common law* précitée : « *(to hold office) during good behaviour* ». Selon la traduction française du Ministère de la justice du Canada, elle signifie que titulaire de la fonction : « *ne peut en être démis tant et aussi longtemps qu'il demeure digne et capable de l'exercer* »²⁷⁴⁶. Cela signifie, notamment à la lumière du terme « *forfaiture* » qui figurait dans les textes constitutionnels français jusqu'à la Charte du 4 juin 1814, que l'inamovibilité est supposée bénéficier au seul magistrat réunissant les qualités de l'impartialité. Il en résulte que la reconnaissance de cette garantie impose la recherche d'une nécessaire adéquation du magistrat (§ 1), sanctionnée par une toute aussi nécessaire responsabilité de ce dernier (§ 2).

§ 1 . L'inamovibilité et l'exigence d'aptitude

646. Ainsi que l'opinaient le Conseiller Szeplaki-Nagy en 2007, lors du colloque de l'AHJUCAF sur *L'indépendance de la justice*, il ne suffit pas de reconnaître que : « *l'indépendance des juges (est) une condition indispensable de l'indépendance de la justice* », pour justifier cette première. Il faut encore expliquer ce que recherche la justice derrière cette indépendance, et ce qu'escompte l'Etat, si ce n'est le Pouvoir politique lui-même, de cet octroi. Il s'agit de « *la compétence professionnelle des juges, condition indispensable de l'efficacité, de la qualité de la justice* ». Le Haut magistrat le soulignait d'ailleurs avec force : « *La nécessaire indépendance de la justice est en relation directe avec sa qualité* », et il « *n'est ni*

²⁷⁴⁴ B. de La Roche Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, livre VIII, chap. XVI, p. 462.

²⁷⁴⁵ R. Jacob, *Images de la justice*, Le Léopard d'or, 1994. Cité in P. Truche, *Juger, être jugé : le magistrat face aux autres et à lui-même*, Fayard, Paris, 2001, p. 49.

²⁷⁴⁶ Ministère de la justice du Canada, *Amovibilité...*, *op. cit.*, www.justice.gc.ca.

utile ni souhaitable que la justice soit indépendante des autres pouvoirs si elle n'a pas les vertus qui la qualifient pour accomplir sa mission »²⁷⁴⁷. C'est à la lumière de cette opinion, qu'il convient d'appréhender les relations qu'entretiennent la compétence requise du magistrat, d'une part, et l'inamovibilité d'autre part. Parce qu'à l'instar de toute garantie contre l'arbitraire du Pouvoir, l'inamovibilité permet au magistrat une certaine indépendance, « *s'il est en lui de l'être* »²⁷⁴⁸, elle devrait s'accompagner d'un effort d'aptitude professionnelle. Mais dans la mesure où les formulations précitées de l'inamovibilité, condamnent explicitement le démerite et la forfaiture, ce souhait laisse place à une exigence. Une étude d'ensemble de la magistrature, dépassant les seules frontières du droit positif, révèle en effet une véritable sacralisation de l'aptitude du magistrat inamovible (A), qui trouve naturellement son prolongement dans un contrôle rigoureux de celle-ci (B).

A . La sacralité de l'aptitude du magistrat inamovible

647. Lors de sa douzième Mercuriale prononcée en 1709, le Procureur général d'Aguesseau prenait soin d'affirmer : « C'est mal définir la grandeur du magistrat que de ne la faire connaître que par son pouvoir. Son autorité peut commencer le tableau, mais sa vertu seule peut l'achever »²⁷⁴⁹. Le Haut représentant du parquet mettait ainsi en exergue la dualité qui anime le magistrat. Ce dernier ne saurait se résumer à ses pouvoirs, et a fortiori à ses droits. « Il a également des devoirs et ceux-ci sont la rançon de ceux-là »²⁷⁵⁰. De fait, le magistrat est traditionnellement associé, dans la culture judiciaire, à un idéal de dignité (1°) et d'indépendance (2°).

1°) La dignité du magistrat

648. Ainsi que le déclarait le Procureur général Franck-Carré en 1836, dans une mercuriale prononcée devant la cour royale de Paris : « *Faire respecter le magistrat est pour le magistrat la première des obligations* »²⁷⁵¹. En effet, il convient

²⁷⁴⁷ G. Szeplaky-Nagy, conseiller référendaire à la Cour suprême de Hongrie, *Les protections statutaires et matérielles*, in AHJUCAF, *L'indépendance...*, *op. cit.*

²⁷⁴⁸ C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle...*, *op. cit.*, p. 176.

²⁷⁴⁹ H. F. d'Aguesseau, *Le Magistrat doit se respecter lui-même*, Douzième Mercuriale, 1709, in H. F. d'Aguesseau, *Œuvres complètes du Chancelier D'Aguesseau*, t. 1, M. Pardessus, Nouvelle édition, Paris, 1819, p. 162.

²⁷⁵⁰ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 33.

²⁷⁵¹ Franck-Carré, *Le respect dû au magistrat*, Mercuriale prononcée devant la Cour royale de Paris, Gazette des tribunaux, 1836, p. 13.

de rappeler que les égards des justiciables et du Pouvoir sont dus, non à la personne chargée de rendre la justice, mais à la fonction juridictionnelle elle-même. Cette distinction entre l'office de judicature et son titulaire peut, il est vrai, se révéler un moyen de préserver le respect de l'institution de justice, nonobstant les errements potentiels de certains magistrats. Jean de La Fontaine ne manquait d'ailleurs pas de le dénoncer à son époque, à travers le distique suivant : « *D'un magistrat ignorant, - C'est la robe que l'on salue* »²⁷⁵². Cependant, perçue à la lumière des propos du Procureur Franck-Carré, cette dissociation apparaît surtout comme une invitation, adressée au magistrat, à s'élever à la hauteur de la dignité statutaire qui lui a été confiée. Plus qu'une simple invitation, le Chancelier d'Aguesseau avait mieux encore souhaité affirmer la nécessité d'une telle quête, en 1700, dans sa quatrième Mercuriale sur *La dignité du magistrat*. Le Haut magistrat distinguait alors, dans un premier temps, les deux catégories de dignités : « *Nous savons qu'il y a une dignité qui ne dépend point de nous, parce qu'elle est en quelque manière hors de nous-mêmes. Attachée dans le jugement du peuple à la puissance extérieure du magistrat... Comme elle ne s'accorde pas toujours au mérite, on peut l'acquérir sans honneur, on peut la perdre sans honte... Mais il est une autre dignité qui survit à la première... Elle est tellement propre, inhérente à la personne du magistrat, que comme lui seul peut se la donner, lui seul aussi peut la perdre* ». Ce départ réalisé, il enjoignait ensuite à chacun des magistrats présents au sein de son auditoire de : « *Vivre convenablement à son état, ne point sortir du caractère honorable dont la justice a revêtu (sa) personne* », avant de conclure : « *On est toujours assez élevé quand on l'est autant que son état* »²⁷⁵³.

Or, cet état à cela de particulier qu'il exige du titulaire de l'office, pour reprendre une formulation du même homme, de : « *ne chercher à se distinguer des autres magistrats que par ce qui distingue le magistrat des autres hommes* »²⁷⁵⁴. De manière plus concrète, cet impératif exorbitant de dignité a été affirmé dès le Moyen Âge, puis repris dans le droit positif, à travers les textes et discours relatifs à la déontologie des magistrats.

649. Si l'exigence d'une « *éthique dans les devoirs professionnels* » des juges existait déjà dans la Rome antique, la doctrine contemporaine associe plus largement l'essor de cette dernière, à la période comprise entre le XIII^e siècle et le

²⁷⁵² J. de La Fontaine, *L'âne portant des reliques*.

²⁷⁵³ H. F. d'Aguesseau, *La dignité du magistrat*, Quatrième Mercuriale, 1700, in H. F. d'Aguesseau, *Œuvres complètes...*, op. cit., pp. 90-91.

²⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 90.

XVIII^e siècle. « *Être juge, pense-t-on alors, c'est usurper un pouvoir divin* »²⁷⁵⁵, et l'aptitude à juger paraissait elle-même impliquer un soutien de Dieu. Cette dernière idée ressort notamment des développements du *Premier livre des rois* de l'*Ancien testament*, consacrés au *Songe de Salomon*. Celui-ci ayant exprimé sa crainte ne pas savoir rendre justice, et son souhait conséquent d'obtenir un « *cœur intelligent pour juger (le) peuple (de l'Éternel, et) discerner le bien du mal* », le Seigneur lui répondit : « *Puisque c'est là ce que tu demandes, puisque tu ne demandes pour toi ni une longue vie, ni des richesses...et que tu demandes de l'intelligence pour exercer la justice...Je te donnerai un cœur sage et intelligent, de sorte qu'il n'y aura eu personne avant toi et qu'on ne verra jamais personne de semblable à toi* »²⁷⁵⁶. Or, si cette aptitude à trancher les différends avait été accordée au Roi Salomon puis, par extension, aux autres princes en leur qualité d'« *élus de Dieu* », il n'en allait pas nécessairement de même pour les magistrats ensuite venus les aider dans l'accomplissement de cette mission. C'est pourquoi, selon le Professeur Thireau, les magistrats et juristes chrétiens prirent progressivement soin d'élaborer : « *une morale du juge, une déontologie particulière, plus exigeante encore que celle qui lie l'homme ordinaire, parce que juger n'est pas à proprement parler une fonction humaine mais une fonction divine, et que celui qui l'exerce doit s'en montrer digne* »²⁷⁵⁷. Or, comme le précise le Professeur Jacob, une telle déontologie judiciaire ne pouvait se concevoir, dans le contexte de l'époque : « *en dehors d'une référence obligée à la justice idéale, nécessairement divine, et à la morale commune, nécessairement religieuse* »²⁷⁵⁸.

Des principes déontologiques ont en conséquence été énoncés pendant toute la durée de l'Ancienne Monarchie, à l'occasion des remontrances, harangues et mercuriales émises par les gens du roi, ainsi que dans les recueils produits par les juristes. C'est ainsi qu'au milieu du XVI^e siècle, dans un « discours » sur les *Parties et office d'un bon et entier juge*, le Conseiller au parlement de Toulouse, Jean de Coras, établit une liste des devoirs et qualités requis des officiers de judicature. Celui-ci énumérait en ce sens « *cinq vertus cardinales, qui concilient l'idéal chrétien*

²⁷⁵⁵ N. Albert, *De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats*, in M. Deguergue (dir.), *Justice et responsabilité...*, op. cit., p. 210.

²⁷⁵⁶ Ancien testament, Premier livre des rois, III [Le songe de Salomon], 7-13.

²⁷⁵⁷ J.-L. Thireau, *Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle*, in J.-M. Carbasse, L. Depambour-Tarride (dir.), *La conscience du juge...*, op. cit., p. 132.

²⁷⁵⁸ R. Jacob, *Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale*, in AFHJ, *Juger les juges...*, op. cit., p. 7.

avec l'idéal humaniste »²⁷⁵⁹, à savoir l'âge, la prudence, l'expérience, l'érudition et l'intégrité. Parmi ces valeurs, l'intégrité associée à la probité se voyait reconnaître une place particulière, en comparaison des autres vertus qui n'étaient jugées « *d'aucun secours chez un magistrat partial et malhonnête* ». L'intégrité, évoquée avec force dans les Ecritures saintes, paraissait au contraire donner l'assurance au magistrat de pouvoir juger dans : « *un souci absolu de la justice comme le ferait Dieu lui-même* »²⁷⁶⁰. Appréciée au regard de l'exigence d'impartialité, elle paraissait assurer plus précisément la faculté du juge à se départir de tout sentiment personnel de crainte, de haine, de grâce ou de cupidité, « *qui sont les quatre moyens qui pervertissent pernicieusement le jugement humain* »²⁷⁶¹. A la fin du XVIIe siècle, Jean Domat avait de la même façon choisi de consacrer un titre de son *Droit public*, aux « *Devoirs des officiers de justice* ». Traitant successivement de la « capacité », de la « probité ou intégrité », et de « l'application » des juges, le Jurisconsulte avait notamment défendu la singularité de cette seconde vertu, par rapport à celle requise des autres catégories d'officiers. Le Professeur Krynen explique ainsi, à la lecture de cette œuvre, que les : « *juges sont non seulement obligés de se conduire en hommes de bien, mais ils doivent en outre avoir « au moins » les qualités de ceux que Moïse choisit pour juger les moindres différends* »²⁷⁶². Concrètement, il était attendu des magistrats qu'ils sachent allier la crainte de Dieu avec la force et le courage, qu'ils possèdent l'amour de la vérité dans l'esprit et dans le cœur, et qu'ils se distinguent par le désintéressement et la haine de l'avarice.

650. Sans doute convient-il d'admettre à ce stade, que ce souci de perfection s'est trouvé pour partie compromis par le comportement des magistrats eux-mêmes, dans les cent-cinquante dernières années de l'Ancien Régime. Le Premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, n'a d'ailleurs pas manqué de le rappeler, dans son discours de rentrée de l'année 2004. Citant à l'appui une mercuriale prononcée en 1698, il avait alors incidemment dénoncé un : « *juge dont les qualités étaient magnifiées par les harangues, ...toutes formes d'exhortation et de discours vertueux que le corps judiciaire s'adressait à lui-même en guise de mise en garde et d'auto-adulation...Apologie d'un juge qui se pense investi d'un pouvoir divin, vision emphatique..., vision complaisante, puisque construite par lui-même et pour lui-*

²⁷⁵⁹ J.-L. Thireau, *Le bon juge...*, in J.-M. Carbasse, L. Depambour-Tarride (dir.), *La conscience du juge...*, op. cit., p. 136.

²⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 139.

²⁷⁶¹ Cité in *Ibid.*, pp. 139-140.

²⁷⁶² J. Krynen, *L'idéologie...*, op. cit., pp. 91-92.

même en forme de glorification pro domo »²⁷⁶³. Sans doute faut-il également relever qu'après avoir connu un certain regain sous le Premier Empire et la Restauration, la thématique du devoir dans les discours de rentrée des cours d'appel, n'a cessé de décliner à partir de la Monarchie de Juillet. Ainsi, tandis que cette problématique figurait dans respectivement 32,6 et 53,7% des discours prononcés au cours des périodes 1815-1819 et 1825-1829, celle-ci a chuté sous le seuil des 10% à partir de 1850, et sous celui des 1% après 1950. Mieux encore, sous réserve de la période comprise entre 1975 et 1979, cette question n'est apparue dans aucun des discours prononcés entre 1955 et 1989²⁷⁶⁴. Or, force est de constater que cette longue parenthèse comprise entre le milieu du XVIIe siècle et la fin du XXe siècle, correspond à une phase difficile de l'histoire de la magistrature, marquée par un conflit puis un abaissement par le Pouvoir politique, ainsi que par des critiques récurrentes de la part des justiciables. La fermeture de cette parenthèse paraît au contraire coïncider avec un renouveau de l'exigence déontologique, sous la pression de l'actualité judiciaire²⁷⁶⁵ et l'influence du droit comparé et européen²⁷⁶⁶.

Mais si les principes déontologiques actuels ne s'apprécient plus par rapport à un référentiel divin, ainsi que cela avait pu être le cas sous l'Ancien Régime et pendant les premières décennies du XIXe siècle, ils n'en conservent pas moins une finalité analogue et restent, de ce fait, soumis à un même degré d'exigence. Il est d'ailleurs intéressant de souligner l'acuité que revêt encore aujourd'hui, cette déclaration du Chancelier d'Aguesseau qui, reprise par le Premier président Canivet en introduction de son discours de rentrée 2002, avait initialement été prononcée à la Saint Martin 1708 : « *Ministres de la justice, à qui nous proposons aujourd'hui cette grande vérité, espérez moins encore que le reste des hommes, de surprendre le jugement du public. Elevés au-dessus des Peuples qui environnent votre tribunal, vous n'en êtes que plus exposés à leurs regards. Vous jugez leurs différends, mais ils*

²⁷⁶³ G. Canivet, Discours prononcé par le Premier président de la Cours de cassation, lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le 9 janvier 2004, www.courdecassation.fr.

²⁷⁶⁴ J.-C. Farcy, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIXe-XXe siècles)*, CNRS Editions, Paris, 1998, pp. 166-167.

²⁷⁶⁵ Notamment l'affaire dite d'« *Outreau* ». Voir en ce sens : A. Vallini (président), P. Houillon (rapporteur), *Au nom du peuple français. Juger après Outreau*, rapport n° 3125 fait au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, Assemblée nationale, 6 juin 2006, pp. 457-463.

²⁷⁶⁶ Voir par exemple : *ibid.*, pp. 457-463 ; CCJE, Avis n° 3 (2002) sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 19 novembre 2002 ; Conseil des ministres, Recommandation n° R (2010) 12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 17 novembre 2010, § 72-74 ; CCJE, Magna Carta (Principes fondamentaux), Conseil de l'Europe, Strasbourg, 19 novembre 2010, Principe 18.

*jugent votre justice. Le public vous voit à découvert au grand jour que votre dignité semble répandre autour de vous ; et tel est le bonheur ou le malheur de votre condition, que vous ne sauriez cacher ni vos vertus, ni vos défauts »*²⁷⁶⁷. Le respect par le magistrat de certaines valeurs déontologiques s'analyse ainsi comme une condition de la confiance du public dans l'institution de justice, et par voie de conséquence, comme un moyen de légitimation et un gage d'indépendance de celle-ci. Rejoignant notamment en cela les principes en vigueur en droit européen²⁷⁶⁸ et dans les autres « grandes démocraties »²⁷⁶⁹, le *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, adopté en 2010 par le Conseil supérieur de la magistrature²⁷⁷⁰, conformément à la loi organique du 5 mars 2007²⁷⁷¹, a clairement insisté sur cet aspect. Son préambule rappelle en ce sens que : « *Rendre la justice est une fonction essentielle dans un Etat de droit. Les magistrats ont entre les mains la liberté, l'honneur, la sûreté et les intérêts matériels de ceux qui vivent sur le territoire de la République. Ce rôle éminent fonde les exigences de chacun à leur égard...Le magistrat...tire sa légitimité de la loi qui l'a voulu indépendant et impartial, principes qui s'imposent aux autres pouvoirs...Le magistrat démontre, par son intégrité, qu'il est digne de décider de l'exercice des droits essentiels des*

²⁷⁶⁷ H. F. d'Aguesseau, *La vraie et fausse justice*, Onzième Mercuriale, 1709, in H. F. d'Aguesseau, *Œuvres complètes...*, t. 1, *op. cit.*, p. 153.

²⁷⁶⁸ Le § 72 de la Recommandation n° R (2010) 12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe préconise en ce sens que : « *Dans leurs activités, les juges devraient être guidés par des principes éthiques de conduite professionnelle. Ces principes ne comprennent pas seulement des devoirs pouvant être sanctionnés par des mesures disciplinaires, ils guident également les juges sur la façon de se comporter* ». Et le § 73 ajoute que : « *Ces principes devraient être énoncés dans des codes d'éthique judiciaire qui devraient entraîner la confiance du public dans les juges et le pouvoir judiciaire* ».

²⁷⁶⁹ Ainsi que l'a souligné de manière particulièrement significative en 2003, Sandra Day O'Connor, Juge à la Cour suprême des Etats-Unis : « *Au Etats-Unis, le maintien de l'indépendance et de l'impartialité du pouvoir judiciaire est obtenu avec un succès remarquable grâce au respect des normes déontologiques que s'imposent les magistrats. Comme l'a déclaré le chef de la Cour suprême Harlan Stone, « le seul frein à notre exercice du pouvoir est la retenue que nous nous imposons ». Chacun des Etats américains ainsi que le pouvoir judiciaire fédéral ont un code de conduite qui encourage le respect des normes déontologiques les plus élevées. Le premier canon du code de conduite des juges fédéraux engage ces derniers « à respecter l'intégrité et l'indépendance du judiciaire ». Comme l'explique le code de conduite, « un pouvoir judiciaire indépendant et honorable est indispensable à la justice dans notre société ». Voir : S. Day O'Connor, *L'importance de l'indépendance judiciaire*, Allocution prononcée devant le Forum judiciaire arabe, Manama, 15 septembre 2003, www.american.gov.*

²⁷⁷⁰ CSM, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, Paris, 2010, 67 p.

²⁷⁷¹ L'actuel article 20-2 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, dispose que : « *La formation plénière du Conseil supérieur...élabore et rend public un recueil des obligations déontologiques des magistrats* ». Au-delà, il appartient de souligner qu'a été introduite dans la Constitution, à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, un nouvel article 65 alinéa 8 prévoyant que : « *Le Conseil supérieur...(réuni) en formation plénière...se prononce...sur les questions relatives à la déontologie des magistrats* ».

individus ». Cette introduction précise en conclusion le souci de ce recueil de servir de « *guide pour les magistrats* », sa publication étant « *de nature à renforcer la confiance du public dans un fonctionnement indépendant et impartial du système judiciaire français* »²⁷⁷². Il s'ensuit alors l'exposé de six vertus cardinales qui, malgré des appellations différentes, ne sont pas sans rappeler celles qui étaient attendues du juge sous l'Ancienne Monarchie. Ces valeurs sont alors, par ordre croissant et pour conclure sur ce point, la « *discretion et réserve* », l'« *attention à autrui* », la « *légalité* », l'« *intégrité* », l'« *impartialité* », et surtout l'« *indépendance* ».

2°) L'indépendance du magistrat

651. Parmi les vertus angulaires requises du magistrat, l'indépendance revêt en effet une importance singulière. Conçue au sens large, au risque de se confondre avec l'impartialité, elle s'analyse, selon les termes employés par le Conseiller d'Etat Christian Vigouroux, comme : « *la qualité de tous les instants, la qualité intrinsèque, celle qui définit (le juge) dans sa liberté inaltérable vis-à-vis de lui-même, de ses proches et de toute influence parmi lesquelles l'autorité publique n'est pas toujours la plus menaçante. L'indépendance est essentielle et contribue à définir son activité unique de référent qui clôt les litiges en application de la seule loi. L'indépendance suppose, de ne recevoir aucune instruction de quiconque et, au-delà, de se tenir éloigné des pressions de la société, de l'opinion et de l'air du temps* »²⁷⁷³. Mais si elle constitue une valeur centrale dans la distribution d'une justice impartiale, l'indépendance est parfois associée, à juste titre, à un « *luxe* » que seuls pourraient se permettre ceux « *qui n'ont plus rien – ou presque plus rien – à attendre du pouvoir* »²⁷⁷⁴. Elle serait l'apanage des membres du Conseil constitutionnel hexagonal, irrévocables en droit, des juges de la Cour suprême des Etats-Unis, nommés à vie et irrévocables en fait, ou encore des juges supérieurs britanniques, désignés à l'issue d'une prestigieuse carrière au sein du barreau. La magistrature judiciaire française ne compterait quant à elle qu'un seul magistrat véritablement capable d'indépendance. Il s'agirait, selon la formule de Georges Clemenceau, du : « *Président de la Cour de cassation et encore, s'il est Grand-croix de la Légion d'honneur* »²⁷⁷⁵. Si un tel sentiment peut se révéler justifié, dès lors qu'une

²⁷⁷² *Ibid.*, pp. XIII-XIV.

²⁷⁷³ C. Vigouroux, *op. cit.*, p. 387.

²⁷⁷⁴ C. Eisenmann, *La justice dans l'Etat*, *op. cit.*, p. 50.

²⁷⁷⁵ Cité par P.-C. Ranouil, *Légitimer - Introduction*, in G. Darcy, V. Labrot, M. Doat (dir.), *L'office du juge*, Rapport du colloque organisé au Palais du Luxembourg les 29-30 septembre 2006, Sénat, 2006, p. 468.

indépendance trop marquée risquerait d'avoir, faute de garanties statutaires appropriées, une incidence négative sur la carrière du magistrat, il n'en reste pas moins que sa préservation suppose une vigilance de tous les instants. Or, celle-ci implique y compris, ce qui n'est pas sans lien avec l'inamovibilité, l'expression d'une certaine prudence vis-à-vis de mesures aussi peu suspectes de disgrâce, que la remise de décorations étatiques.

652. Dans son discours de rentrée prononcé en 1884, devant la cour d'appel de Bordeaux, Eugène Ninard faisait l'éloge d'un juge apte : « à *décider contrairement à ses préférences politiques, à condamner les actes du gouvernement de son choix, s'ils ne lui paraissent pas en accord avec la législation et le droit, à se prononcer contre les puissants de ce jour* ». Il achevait son propos en estimant que ce même juge : « *Placé entre l'intérêt et le devoir, ...doit sacrifier l'intérêt au devoir, s'oublier lui-même pour ne se souvenir que du respect dû à la loi dont il est le gardien* ». Consacrée à *L'inamovibilité de la magistrature et l'indépendance des magistrats*²⁷⁷⁶, cette allocution intervenait quelques mois seulement après l'épuration de la magistrature, opérée en application de la loi du 30 août 1883 sur l'organisation judiciaire. Incidemment, elle paraissait inviter le magistrat concerné à savoir, si nécessaire, faire le sacrifice de sa carrière pour défendre tant son indépendance que celle de l'institution de justice. Un tel appel au courage du magistrat ne paraît pourtant pas propre au contexte particulier de cette époque, et certains représentants de la doctrine contemporaine n'hésitent pas à mettre en exergue, dans leurs travaux, des exemples analogues. C'est ainsi que dans son ouvrage sur la *Déontologie des fonctions publiques* de 2006, le Conseiller d'Etat Vigouroux illustre cette indépendance attendue du magistrat, à travers le regard porté par Voltaire sur l'affaire « Calas » survenue au milieu du XVIIIe siècle. Et l'Auteur de citer le Philosophe : « *Il y eu...à Toulouse un sage qui éleva sa voix contre les cris de la populace effrénée et contre les préjugés des magistrats prévenus. Ce sage qu'on ne peut trop bénir, était M. de Lasalle, conseiller au parlement, qui devait être un des juges. Il savait résister à ceux qui lui reprochaient de ne pas condamner d'avance Calas* »²⁷⁷⁷. De même, dans son manuel sur *Les magistrats* de 1985, le Professeur Boyer donnait l'exemple d'un conflit qui avait opposé, une « trentaine d'années »²⁷⁷⁸ auparavant, à l'occasion d'une affaire relative à l'avortement, un substitut du procureur à un avocat et député réputé. Ce dernier ayant lancé au premier : « *Vous,*

²⁷⁷⁶ E. Ninard, *De l'inamovibilité de la magistrature et de l'indépendance du magistrat*, Discours de rentrée à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Bordeaux, G. Gounouilhou, Bordeaux, 1884, 30 p.

²⁷⁷⁷ C. Vigouroux, *op. cit.*, p. 387.

²⁷⁷⁸ G. Boyer Chammard, *Les magistrats*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1^{ère} éd., 1985, p. 53.

quand je serai garde des Sceaux, je vous ferai sauter ! », le substitut lui répondit : « *Vous me rendrez un grand service. Je n'aurai aucun mal à trouver dans le privé une situation aussi intéressante... avec un traitement très supérieur* ». Surpris par cette réponse, l'avocat éclata de rire et, effectivement devenu garde des Sceaux l'année suivante, il semble qu'il ait contribué à faire accéder le substitut à un poste supérieur, dès le premier tableau d'avancement.

Cependant, s'il est vrai que cette dernière histoire, comme d'ailleurs l'affaire « Calas », a connu un épilogue heureux, force est d'admettre qu'elle aurait tout aussi bien pu se traduire par un dénouement préjudiciable pour la carrière du substitut. Membre du parquet, celui-ci aurait été dans l'impossibilité de se prévaloir des garanties juridictionnelle et de résidence offertes par l'inamovibilité. Or, ainsi que le relevait en 1869, le Conseiller à la cour impériale d'Angers, Eugène Poitou : « *Il est facile de faire de belles phrases sur le désintéressement, sur le devoir, sur le caractère qui est la meilleure garantie de l'indépendance : tout ceci est vrai, tout cela a sa force, mais le stoïcisme est rare. Les hommes sont les hommes, il faut les prendre avec leurs passions, leurs faiblesses, leurs misères* »²⁷⁷⁹. Il est d'ailleurs symptomatique de souligner à cet égard, qu'Alexis de Tocqueville, celui-là même qui regrettait que certains magistrats puissent sacrifier leur inamovibilité à leur intérêt, fut lui aussi contraint, à un moment de sa vie, de faire le deuil de son indépendance. Dans une lettre adressée à son frère, le 18 août 1830, celui écrivait en effet : « *J'ai prêté le nouveau serment hier. C'est un moment désagréable. Non que la conscience reproche rien ; mais l'orgueil est froissé de l'idée que d'autres peuvent croire que l'intérêt vous fait agir contre votre conviction. Je reste donc, mais resterai-je longtemps ? Je l'ignore. Il arrive à la magistrature la même chose qu'à l'armée. Elle est humiliée. Mais nous n'avons pas comme vous la ressource de nous relever à coups de sabre. Aussi, si je voyais jour à une autre carrière, je crois que je quitterai celle-ci ; mais je n'en aperçois point. Je reste donc jusqu'à ce qu'en ma qualité de juge auditeur, on me renvoie. Vois ce que c'est que la modération ! Si le ministère Polignac eût triomphé, j'aurais été cassé pour avoir résisté aux ordonnances. Il est vaincu et je serai peut-être mis de côté par ceux qui l'ont renversé ; car je ne puis approuver tout ce qui se fait* »²⁷⁸⁰. Dans ces conditions, plus le risque à prendre par le magistrat pour préserver son indépendance et celle de la justice, apparaît important - eu égard à sa carrière, à sa situation matérielle, voire à sa vie – moins il est paraît raisonnable d'exiger de lui qu'il assure le respect des droits et libertés par son seul courage personnel. C'est bien au contraire dans ce genre de

²⁷⁷⁹ E. Poitou, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, Charpentier et Cie, Paris, 1869, p. 274.

²⁷⁸⁰ A. de Tocqueville, *Œuvres complètes*, t. 14, *Correspondance familiale*, Gallimard, Paris, 1998, p. 72.

circonstances, que le magistrat sera le plus sensible au bénéfice de garanties statutaires, venues le conforter dans son indépendance d'esprit.

653. Reste que dans des hypothèses d'une moindre gravité, le magistrat devrait normalement être capable de puiser son indépendance dans son fort intérieur, sans nécessairement bénéficier du renfort de dispositions statutaires. Tel est particulièrement le cas, pour un exemple à l'actualité persistante, en matière de décorations étatiques. Dans un article de presse publié en 2007, dans le quotidien Le Figaro, un connaisseur interrogé sur les relations entre les magistrats et cette distinction, avait répondu sur un ton amusé : « *Quand on voit un magistrat sans décoration, c'est un peu comme pour un général, on se dit soit qu'il a dû tuer sa belle-mère, soit qu'il a trahi son pays* »²⁷⁸¹. De fait, le tableau de Jean-Baptiste Debret représentant la première distribution de la Légion d'honneur par Napoléon I^{er}, le 15 juillet 1804, a fortement contribué à populariser cette image d'un magistrat soucieux de pouvoir arborer cette médaille sur sa poitrine. Et, comme l'admettait pour sa part le Procureur de la République de Nanterre, Pierre Lyon-Caen, en 1992 : « *Dans nos publications syndicales, nous représentons toujours les hiérarques avec des décorations pendantes* », avant d'ajouter : « *Le magistrat souffre d'un certain complexe d'infériorité et il le compense s'il est hautement décoré. C'est un signe de pouvoir et de reconnaissance* »²⁷⁸². Cet engouement pour les décorations, n'est pourtant pas allé sans susciter certaines critiques à travers le temps. En ce sens, Raoul de la Grasserie émettait déjà certaines réserves en 1914, vis-à-vis : « *du ruban rouge...ou, à défaut, du ruban violet ou du vert, ou de tout autre couleur* ». Ainsi qu'il l'écrivait alors : « *Si encore cette décoration ne se rattachait à la profession d'aucune manière, ...il y aurait moins d'inconvénient ; mais elle s'adresse au magistrat comme magistrat, elle est proposée par ses chefs, elle est donnée souvent à l'ancienneté approximative, elle affecte ceux qui ont des procès politiques à juger... Quelquefois même le ruban joue le simple rôle de fiche de consolation* ». L'auteur poursuivait en reconnaissant que : « *Aux yeux du justiciable, et c'est lui qu'il faut considérer, la situation est suspecte* ». C'est pourquoi, sans nier le mérite ayant pu conduire à l'octroi de certaines ces distinctions, il jugeait souhaitable d'en refuser le bénéfice à l'ensemble du corps judiciaire, « *au nom de la confiance absolue qui doit s'attacher à la justice* »²⁷⁸³. Depuis lors, plusieurs voix se sont élevées dans le même sens. Le Procureur Lyon-Caen, membre du Syndicat de la magistrature, s'est ainsi prononcé contre l'octroi de décorations à l'occasion de l'exercice des fonctions, sous réserve de celles justifiées, comme cela est prévu pour

²⁷⁸¹ A. Fulda, *La Légion d'honneur, une rosette à faire pâlir d'envie*, Le Figaro, 12 juillet 2007.

²⁷⁸² In L. Greilsamer, D. Schneidermann (dir.), *Les juges parlent*, Fayard, Paris, 1992, p. 322.

²⁷⁸³ R. de La Grasserie, *De la justice en France...*, vol. 1, *op. cit.*, p. 184.

les membres des Assemblées parlementaires, par des circonstances très exceptionnelles²⁷⁸⁴. Cette suggestion a été reprise par les Professeurs Guinchard, Montagnier, Varinard et Debard, dans leur manuel sur les *Institutions juridictionnelles*²⁷⁸⁵, ainsi que par l'Union syndicale des magistrats qui avait soumis à cette fin, un projet de proposition de loi aux parlementaires en 2005²⁷⁸⁶.

Le Gouvernement, interrogé par plusieurs parlementaires sur la possibilité d'énoncer une telle incompatibilité, a néanmoins rejeté celle-ci au motifs que : « *L'extension aux magistrats judiciaires de l'interdiction touchant les... (parlementaires) ne peut être perçue que comme une mesure de défiance à l'égard des magistrats, qui seraient les seuls agents publics à être exclus, pendant toute leur carrière, du bénéfice d'une distinction alors même qu'ils œuvrent quotidiennement pour le service public de la justice et peuvent, pour certains d'entre eux, se voir reconnaître dans ce contexte des mérites pour services rendus à la nation* »²⁷⁸⁷. Il n'est pour autant pas certain que cet argument soit de nature à emporter la conviction. En effet, il aurait pu être envisagé d'étendre une telle interdiction à l'ensemble des agents publics requérant une indépendance comparable à celles des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, tels que les membres des juridictions administratives et financières, y compris dans leurs attributions consultatives, les juges non professionnels, ou encore les membres des autorités administratives indépendantes. Or, force est de constater que le Gouvernement a écarté cette possibilité, en raison même du principe de cette extension. Cette absence d'énoncé d'une incompatibilité légale entre, d'une part, la fonction de magistrat, et, d'autre part, le bénéfice d'une décoration étatique, présente néanmoins le mérite de placer chaque magistrat devant ses responsabilités, quant à son aptitude à préserver son indépendance. C'est ainsi que le *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, texte dépourvu d'effet proprement contraignant, a préconisé dans son § a.7, que : « *Les magistrats en activité ne sollicitent pas pour eux-mêmes des*

²⁷⁸⁴ In L. Greilsamer, D. Schneidermann (dir.), *op. cit.*, p. 321. L'article R. 22 du code de la légion d'honneur et de la médaille militaire dispose que : « *Ainsi qu'il est dit à l'article 12 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, les membres des assemblées parlementaires ne peuvent être nommés ou promus dans l'ordre national de la Légion d'honneur, sauf pour faits de guerre ou actions d'éclat assimilables à des faits de guerre* ».

²⁷⁸⁵ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions...*, *op. cit.*, 10^e éd., 2009, pp. 181-182.

²⁷⁸⁶ J. Coignard, *La poitrine des magistrats déshabillés ?*, Libération, 23 mars 2005 ; N. G., *Les magistrats privés de décorations*, Le Monde, 25 mars 2005 ; *L'USM est contre la Légion d'honneur pour les magistrats*, Le nouvel Observateur, 25 mars 2005.

²⁷⁸⁷ Question écrite n° 92806 de Colette Langlade, députée, JO Assemblée nationale, 9 novembre 2010, p. 12167. Réponse du Ministre de la justice et des libertés, JO Assemblée nationale, 11 janvier 2011, p. 275.

distinctions honorifiques afin d'éviter toute suspicion, dans l'esprit du public, sur la réalité de leur indépendance ». L'absence de disposition analogue en cas de proposition d'une médaille, laisse mieux encore au magistrat la faculté d'apprécier les incidences que pourraient avoir, sur son indépendance, l'acceptation ou le refus d'une telle distinction. Il serait d'ailleurs sans doute intéressant d'intégrer dans le droit français, une prescription comparable à celle appliquée aux juges de la Cour européenne des droits de l'homme, suivant laquelle : « *Les juges ne peuvent accepter des décorations et des distinctions que si cela ne crée pas un doute raisonnable en ce qui concerne leur indépendance ou leur impartialité* »²⁷⁸⁸. Une telle règle n'est pas sans rappeler *in fine*, la règle du consentement préalable contenue dans la formulation traditionnelle de l'inamovibilité de résidence, et qui fait du magistrat le garant du bien fondé de la nouvelle affectation qui lui est proposée.

B . La promotion de l'aptitude du magistrat inamovible

654. La dignité et l'indépendance, pour essentielles qu'elles soient dans la distribution d'une justice impartiale, ne sont malheureusement pas des qualités innées chez tous les hommes. C'est pourquoi il appartient au Pouvoir politique de savoir promouvoir un dispositif qui : « *d'une part, permettrait de s'assurer que ces deux qualités sont réunies sur la personne candidate à la fonction de juges et, d'autre part permettrait de garantir la pérennité de ces qualités tout au long de la carrière pour les juges professionnels* »²⁷⁸⁹. Ce double souci passe concrètement par le choix d'un mode de recrutement adéquat (1°) et l'exercice d'un contrôle approprié dans le déroulement de la carrière (2°).

1°) Un mode de recrutement adéquat

655. Ainsi que l'écrivait l'ancien magistrat Gustave Jourdan, dans sa Justice criminelle en France de 1861, l'inamovibilité : « *ne garantit qu'une chose, la durée d'effets conformes et la nature des nominations. Si les nominations sont faites avec discernement et bonne foi, l'inamovibilité est un avantage ; si elles sont mauvaises, l'inamovibilité est un mal ajouté à un autre* »²⁷⁹⁰. Cette remarque, semble-t-il pleine de justesse, invite tout à la fois le Pouvoir à écarter des modes de recrutement ne prenant pas en compte les vertus attendues du magistrat, et à privilégier des

²⁷⁸⁸ CEDH, *Résolution sur l'éthique judiciaire*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 23 juin 2008, Principe IX.

²⁷⁸⁹ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions...*, *op. cit.*, 10^e éd., 2009, p. 156.

²⁷⁹⁰ G. Jourdan, *La justice criminelle...*, *op. cit.*, pp. 110-111.

mécanismes permettant d'apprécier leur pertinence chez le candidat à la magistrature.

656. Quatre techniques de désignation, mises en œuvre par le passé, ou encore usitées en France et dans certains systèmes de droit comparé, paraissent manifestement inappropriés pour assurer la dignité et l'indépendance des magistrats. Il s'agit du tirage au sort, de l'élection, de la nomination arbitraire par le Pouvoir politique, et de la nomination résultant de la patrimonialité des charges. Trouvant son inspiration dans la démocratie athénienne de la Grèce antique, la technique du tirage au sort est appliquée en France depuis la Révolution, pour la désignation des « jurés » des Cours d'assises, et depuis la loi du 10 août 2011, pour celle des « citoyens assesseurs » des tribunaux correctionnels et de l'application des peines, ainsi que des chambres des appels correctionnels et de l'application des peines des cours d'appel²⁷⁹¹. Or, comme le soulignent les Professeurs Guinchard, Montagnier, Varinard et Debard, si ce mécanisme présente l'avantage d'assurer une égalité des citoyens dans l'accès à la fonction de juger, il a en revanche le défaut d'opérer : « *un choix aveugle (et) sans discernement* » parmi ceux-ci. Et, si le législateur a pu prendre soin de prévoir certaines conditions minimales, en termes d'incapacités et d'incompatibilités, le tirage au sort n'en demeure pas moins impropre à transformer : « *un incompetent en compétent, un pervers en un juge apte à écouter les autres, (ou) un servile en un homme indépendant* »²⁷⁹². De la même façon, le système de l'élection, dès lors qu'il tend naturellement à verser dans une certaine politisation, paraît s'inscrire aux antipodes de l'exigence d'impartialité requise par la justice. Aujourd'hui appliqué dans l'Hexagone, aux juges consulaires, aux conseillers prud'hommes et à ceux des tribunaux paritaires des baux ruraux, il est d'abord, il est vrai, réputé constituer un moyen d'expression des différents courants syndicaux. Cependant, sa généralisation sous la Révolution, et les tentatives de rétablissement dont il a fait l'objet sous les Seconde et III^{ème} Républiques, ont clairement révélé sa dimension politique. Le Professeur Laboulaye ne manquait pas, en ce sens, de dénoncer le choix de la plupart des Etats fédérés des Etats-Unis, de prévoir l'élection de leurs juges. Dans son *Histoire de la Constitution* celui-ci écrivait en effet, à la fin du XIX^e siècle : « *Ces élections populaires...ont, en réalité, des résultats détestables. Il y a à cela une très bonne raison. Justice et politique n'ont rien de commun ; les Américains ont, par un sentiment très juste, décidé que les magistrats ne feraient pas partie de leurs assemblées ; et, dès lors qu'un homme est nommé juge, il se retire complètement de la vie active. Mais supposez un homme qui se fait*

²⁷⁹¹ Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, JO du 11 août 2011, p. 13744.

²⁷⁹² *Ibid.*, p. 156.

*nommer magistrat à l'élection, il faut qu'il fasse comme celui qui veut se faire nommer député ; il faut qu'il se livre à une foule de petites manœuvres, qu'il fasse ce qu'on appelle la cuisine électorale »*²⁷⁹³. Et l'Universitaire de conclure alors : « *Le peuple sera tout puissant, (mais) en sera-t-il plus libre ?... Vous le mettrez sous la servitude d'un certain nombre de gens remuant qui voudront profiter des passions populaires ; vous créerez des politiciens, des gens dont le métier sera de mener le peuple par le nez pour se faire donner des places »*²⁷⁹⁴.

Des critiques comparables pourraient *a fortiori* être formulées vis-vis de la nomination arbitraire par le Pouvoir politique, et de la nomination justifiée par une patrimonialité des charges, faute pour celles-ci d'être subordonnées à des conditions d'aptitude. Ceci explique que les « grandes démocraties » aient généralement opté, ou se soient résignées à le faire, pour des modes de recrutement faisant primer les qualités exigées des magistrats, et de ce fait, moins « *susceptibles d'être discréditées »*²⁷⁹⁵ par les justiciables, la population, voire l'opposition politique. Ce souci peut d'abord être le fruit d'une longue culture. C'est ainsi que Professeur Laboulaye, citant le modèle britannique, affirmait à la fin du XIXe siècle : « *en Angleterre il y a un tel respect des précédents, un tel esprit de conservation, qu'on ne peut juger ce qui se passe d'après le texte de la loi, car il y a toujours une pratique qui explique les textes, et qui souvent les modifie complètement. En Angleterre, c'est le roi qui choisit les juges ; en fait, c'est le ministre qui les nomme ; mais le ministre ne peut choisir qu'entre des avocats marqués par de longs succès, connus et estimés dans la pratique, si bien que son choix est nécessairement restreint entre deux ou trois personnes »*²⁷⁹⁶. Ce souci peut également résulter d'un équilibre particulier entre les Pouvoirs politiques, comme c'est toujours le cas aux Etats-Unis. A ce propos, le même Universitaire écrivait encore : « *En Amérique, il fallait trouver des garanties qu'on ne trouvait pas dans les mœurs... Ainsi avait-on projeté d'abord de faire nommer les magistrats par le Sénat sans le concours du président. Cela pouvait être dangereux... Le Sénat aurait mis la justice entre les mains d'hommes à lui... On a donc décidé que ce serait le président qui nommerait les juges comme les fonctionnaires, mais avec l'aveu du Sénat, et on a trouvé que l'intervention du Sénat*

²⁷⁹³ E. de Laboulaye, *op. cit.*, p. 490.

²⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 493.

²⁷⁹⁵ C. Guarnieri, P. Pederzoli, *op. cit.*, p. 38.

²⁷⁹⁶ E. de Laboulaye, *op. cit.*, p. 489. L'Universitaire illustre alors son propos, à l'aide de l'exemple suivant : « *Ainsi dernièrement, il se trouvait une place vacante. Il y avait dans le cabinet répugnance à nommer l'avocat le plus capable qui consentait à accepter cette place, dont les appointements sont de cent mille francs, tandis qu'un avocat gagne souvent deux ou trois cent mille francs. Cet avocat était un catholique, cela déplaisait aux protestants politiques qui ont toujours peur du pape. L'opinion publique a vaincu cette répugnance, c'est le catholique qui a été nommé ».*

était une telle garantie pour l'administration de la justice, que pour les fonctions de juges de district, dont la Constitution ne disait rien, l'usage a décidé que le Sénat interviendrait »²⁷⁹⁷. Ce choix a effectivement permis de lever certaines difficultés puisque, comme l'a fait remarquer non sans un certain humour le Professeur Goldman en 1991, cet accord entre le président des Etats-Unis et le Sénat aboutit à cette tradition suivant laquelle : « *en principe(,) les incompetents ne sont pas nommés au siège* »²⁷⁹⁸. Ce souci de faire prévaloir les qualités requises du magistrat dans le choix du mode de recrutement, peut enfin être conçu comme un moyen de remédier aux abus du passé. Tel est cas en France où la tradition du concours pour le recrutement de la magistrature de carrière, s'est imposée tout à la fois contre la patrimonialité des offices, l'élection populaire et la nomination arbitraire par le Pouvoir. Tel est aussi le cas en Italie, où le rôle majeur du Conseil supérieur de la magistrature a constitué une réponse à l'arbitraire du Régime fasciste. Cette volonté commune aux différents pays, rejoint les préconisations émises par les instances consultatives du Conseil de l'Europe, pour lesquelles la sélection des juges devrait : « *reposer sur des critères objectifs préétablis par la loi ou par les autorités compétentes* »²⁷⁹⁹, et « *exclusivement fondée sur les mérites des candidats, appréciés au regard de leurs qualifications, compétence, intégrité, esprit d'indépendance, impartialité et efficacité* »²⁸⁰⁰. Or à cette fin, et sauf à ce que le pays possède une culture comparable à celle du Royaume-Uni ou des Etats-Unis, ces mêmes instances estiment essentiel que la sélection des juges soit effectuée : « *de manière indépendante, hors de la compétence du pouvoir législatif ou exécutif, et de préférence par le Conseil de justice* »²⁸⁰¹.

657. Cependant, si le choix d'un mode de recrutement permettant de faire primer les qualités attendues du magistrat, constitue une garantie essentielle pour la distribution d'une justice impartiale, elle n'en demeure pas moins insuffisante si le Pouvoir ne s'assure pas de leur adéquation chez le candidat à la magistrature. C'est ainsi que certaines voix ont pu s'élever en France, pour dénoncer les limites du système du concours. Dans leur rapport de 2007 sur le recrutement et la formation des magistrats de carrière, les Sénateurs Fauchon et Gautier, après avoir « *acquis la conviction qu'une justice bien rendue doit s'appuyer sur des juges qui ne soient pas*

²⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 490.

²⁷⁹⁸ S. Goldman, *Federal judicial recruitment*, in J. B. Gates, C. A. Johnson (dir.), *The American courts. A critical assessment*, Congressional Quaterly Inc, Washington, 1991, pp. 189-210.

²⁷⁹⁹ Conseil des ministres, Recommandation n° R (2010) 12..., *op. cit.*, § 44.

²⁸⁰⁰ CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 50 ; Conseil des ministres, Recommandation n° R (94) 12..., *op. cit.*, Principe I.1.c.

²⁸⁰¹ *Ibid.*, § 48 ; *ibid.*, Principe I.1.c.

seulement brillants mais également dotés d'un solide bon sens et d'un minimum d'expérience des choses de la vie »²⁸⁰², s'étaient en ce sens demandés si : « *les règles actuelles en matière de recrutement et de formation initiale garantissaient que la justice soit rendue par des juges combinant (ces) qualités, leur conférant les aptitudes nécessaires à l'acte de juger* »²⁸⁰³. Or, la doctrine paraissait déjà avoir apporté une réponse, négative, à cette interrogation. Les Professeurs Guinchard, Montagnier, Varinard et Debard ont en effet, pour illustration, salué la « *clairvoyance* » et la « *pertinence* »²⁸⁰⁴ de la remarque antérieure du Professeur Lamarque, suivant laquelle le concours : « *est certainement la principale cause de la faillite du système...Les fonctions de magistrat sont probablement les seules auxquelles ne peut destiner une école, fût-elle prestigieuse, ce que n'est pas ou n'est plus l'ENM. Il est d'ailleurs permis de s'interroger : est-il bien « normal » à 25 ans de se sentir une vocation de juge ou même de se croire capable d'en exercer les fonctions ?* »²⁸⁰⁵. Les critiques émises à l'encontre de la formation dispensée par l'Ecole nationale de la magistrature, avait d'ailleurs été partagées par d'autres auteurs, en raison de sa dimension trop théorique, et de l'absence de place accordée à la déontologie et aux « *véritables enseignements professionnels d'application* »²⁸⁰⁶. Mais le décret du 31 décembre 2008 a permis de répondre pour partie à ces griefs, en procédant à une modernisation du programme de formation assuré par l'Ecole²⁸⁰⁷. En revanche, malgré le souci du Pouvoir de renforcer les modes de recrutement alternatifs, la critique relative à l'âge initial d'entrée dans le corps, conserve son actualité pour la plupart des magistrats. Cet état du droit place en effet le système français aux antipodes du système britannique, qui fait au contraire de la nomination dans les fonctions de juge supérieur, une consécration pour les avocats capables de se prévaloir d'une carrière exemplaire au sein du barreau. Comme l'écrivent sur ce point les Professeurs Guarnieri et Pederzoli : « *les juges (britanniques) sont généralement recrutés après avoir exercé la profession durant une période minimale qui varie, en raison de la charge occupée, entre sept et quinze ans. Il va de soi qu'ils*

²⁸⁰² P. Fauchon, C. Gautier, *Un recrutement diversifié, une formation ambitieuse. Les impératifs d'une justice de qualité*, rapport n° 383 fait au nom de la Commission des lois sur le recrutement et la formation des magistrats de carrière, Sénat, 11 juillet 2007, p. 12.

²⁸⁰³ *Ibid.*, p. 5.

²⁸⁰⁴ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions...*, *op. cit.*, 10^e éd., 2009, p. 158.

²⁸⁰⁵ J. Lamarque, *Le procès du procès*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 152.

²⁸⁰⁶ H. Haenel, J. Harthuis, *Justice sinistrée : démocratie en danger*, Economica, Paris, 1991, p. 112 ; G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La déontologie...*, *op. cit.*, 2^e éd., 2009, p. 3.

²⁸⁰⁷ Décret n° 2008-1551 du 31 décembre 2008 relatif au Conseil supérieur de la magistrature.

arrivent au siège beaucoup plus tard que leurs collègues d'outre-manche, c'est-à-dire âgés d'une cinquantaine ou d'une soixantaine d'années en moyenne. La réussite au barreau, le prestige, la réputation, l'aptitude au jugement et même certains traits de la personnalité sont autant de conditions estimées nécessaires pour être choisis »²⁸⁰⁸. Ceci explique que dans les faits, en dépit d'une progressive ouverture de l'accès des juridictions supérieures aux *sollicitors*, à compter des années 1970, les juges supérieurs restent majoritairement choisis parmi les *barristers*, à savoir les quelques milliers d'avocats seuls habilités à plaider devant les hautes juridictions.

Mais, sans aller jusqu'à suggérer une transposition du système de recrutement des juges supérieurs britanniques à la France, force est de constater que certains autres Etats proposent des solutions susceptibles de pouvoir inspirer la justice hexagonale. C'est ainsi que, comme l'évoquait le Président de la Conférence des premiers présidents de cours d'appel, Michel Jeannoutot, lors de son audition en 2006 par la Commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'« *Outreau* » : « *les canadiens ont un système très intéressant d'accompagnement du magistrat débutant : celui-ci, qui est toujours un ancien avocat de trente-cinq ans environ, se choisit un tuteur qui suit ses premiers pas, assiste à ses audiences, examine ses décisions et évalue avec lui la qualité de ses prestations, au regard non seulement des normes de droit, mais encore de la compréhension du justiciable. Ce tutorat peut être de nature à prévenir aussi les situations à risques* »²⁸⁰⁹. De manière moins contraignante, puisque ne nécessitant pas le recours à un tutorat institutionnalisé, le système fédéral allemand soumet pour sa part les juges nouvellement entrés en fonction, à une période de probation. La loi fédérale statutaire prévoit concrètement la nomination du juge débutant en qualité du juge stagiaire (*Richter auf Probe*), pendant une durée comprise entre trois et cinq ans, afin de le « *sensibiliser...à la polyvalence des fonctions* »²⁸¹⁰. Cette probation ne se confond pas avec le « service probatoire » ou « référendariat » (*Vorbereitungsdienst*), équivalent allemand de l'auditorat français, qui permet déjà au candidat à la magistrature d'acquérir une formation théorique et pratique aux métiers de la justice. Pendant la durée de la mise à l'épreuve, le juge stagiaire n'est cependant pas inamovible. Selon les paragraphes 13 et 22 de la loi fédérale statutaire, celui-ci peut d'une part être affecté d'office vers une autre fonction, et, d'autre part, être licencié sous réserve de l'avis du Conseil consultatif des magistrats. Ce licenciement, justifié dans les faits par de « *réelles*

²⁸⁰⁸ C. Guarnieri, P. Pederzoli, *op. cit.*, p. 34.

²⁸⁰⁹ A. Vallini (président), P. Houillon (rapporteur), *Au nom du peuple français...*, *op. cit.*, p. 358.

²⁸¹⁰ P. Fauchon, C. Gautier, *Un recrutement diversifié...*, *op. cit.*, p. 96.

insuffisances professionnelles »²⁸¹¹, n'implique pas d'être motivé lorsqu'il intervient au cours des deux premières années. Les instances consultatives du Conseil de l'Europe se sont déjà prononcées à plusieurs reprises, au cours de la décennie écoulée, sur la compatibilité d'une période probatoire avec les impératifs d'indépendance et d'impartialité qui gouvernent l'institution de justice. En ce sens, si elles ont admis qu'il peut : « être nécessaire en pratique de s'assurer d'abord qu'un juge est réellement capable de s'acquitter effectivement de ses fonctions avant de le titulariser »²⁸¹², elles ont néanmoins entendu suggérer le respect de certaines garanties, afin de ne pas donner le : « sentiment (aux juges) de faire l'objet de pressions pour statuer d'une certaine manière »²⁸¹³. Dans sa Recommandation n° R (2010) 12 de 2010, le Comité des ministres a ainsi souhaité que la décision relative à la confirmation repose sur : « des critères objectifs préétablis par la loi ou par les autorités compétentes », et se fonde précisément sur : « le mérite, eu égard aux qualifications, aux compétences et à la capacité à statuer sur les affaires en appliquant le droit dans le respect de la dignité humaine »²⁸¹⁴. Douze années plus tôt, la Charte européenne sur le statut des juges avait également préconisé que la décision de ne pas nommer définitivement un magistrat stagiaire, soit prise par une « instance indépendante » des Pouvoirs exécutif et législatif, « ou sur sa recommandation ou avec son accord ou après son avis »²⁸¹⁵. La Commission de Venise est allé plus loin en 2007, en suggérant que le refus de confirmation devrait s'accompagner « des mêmes garanties procédurales que celles qui s'appliquent lorsqu'un juge doit être révoqué »²⁸¹⁶. Ce faisant, elle ne demandait ni plus ni moins que le respect de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité, démontrant par là même, la difficulté à retarder l'octroi de cette garantie à un magistrat déjà entré en fonction, et invitant subséquemment à s'intéresser à la préservation des qualités des magistrats pendant leur carrière.

²⁸¹¹ *Ibid.*, p. 97.

²⁸¹² Commission de Venise, Rapport n° CDL-AD (2007) 028 des 17-17 mars 2007 sur les nominations judiciaires, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 22 juin 2007, § 41.

²⁸¹³ *Ibid.*, § 40.

²⁸¹⁴ Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12..., *op. cit.*, § 51.

²⁸¹⁵ Charte européenne sur les statuts des juges, *op. cit.*, § 3.3.

²⁸¹⁶ Commission de Venise, Rapport n° CDL-AD (2007) 028..., *op. cit.*, § 41 ; Commission de Venise, Rapport n° CDL-AD (2010) 004 des 12-13 mars 2010, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 16 mars 2010, § 37.

2°) Un contrôle approprié dans la carrière

658. Si le choix d'un mode de recrutement adéquat, contribue indéniablement à mettre au service de la justice, des personnes réunissant les vertus nécessaires pour garantir son indépendance et son impartialité, il importe encore de s'assurer que ces qualités initiales ne régressent pas avec le temps. En effet, il n'est sans doute pas inutile de rappeler ici, la critique qu'émettait le Député Chabroux en 1790, à l'endroit de l'inamovibilité : « *Le présent de l'inamovibilité est l'éteignoir de l'ambition de s'éclairer : si le peuple s'est trompé dans son choix, le juge sera constamment ignorant et oisif, parce qu'il aura droit de l'être impunément* ». Et le parlementaire d'ajouter : « *La vertu même a besoin d'être aiguillonnée ; et si elle ne se corrompt pas, elle peut s'endormir dans la mollesse* »²⁸¹⁷. Or, le risque de voir un magistrat, même reconnu brillant au moment de sa nomination, perdre progressivement ses qualités premières, est d'autant plus grand que sa carrière couvre une longue période. Or, ainsi que l'ont écrit les Professeurs Guinchard, Montagnier, Varinard et Debard, à propos des magistrats de carrière de l'ordre judiciaire : « *Face à la complexité de la nature humaine et à la fragilité des justiciables..., le recrutement sur concours, à 25 ans, voire 22 ou 23 ans garantit-il (au magistrat), pour 40 ans, la présence et la permanence de ses qualités extra-techniciennes ? Il est permis d'en douter, même s'il ne faut pas systématiser la remarque à tous les juges aujourd'hui en fonction* »²⁸¹⁸. C'est pourquoi, il appartient au Pouvoir de prendre les mesures nécessaires afin de faire perdurer voire prospérer les qualités escomptées du magistrat, au moyen de leviers traditionnels tels que l'avancement, ou d'outils plus récents comme l'évaluation et la formation.

659. L'avancement se révèle traditionnellement, depuis le développement du système de carrière sous le Consulat et le Premier Empire, une technique efficace d'émulation des magistrats. Pour reprendre une formule que le Député Chabroux avait de son côté employé pour promouvoir l'élection des juges sous la Révolution, il présente en effet cet avantage d'assurer qu'un magistrat qui ne serait : « *pas vertueux par principes, ...le serait (au moins) par ambition* »²⁸¹⁹. C'est ainsi que dans leurs travaux, les instances consultatives du Conseil de l'Europe se sont globalement montrées favorables au maintien de dispositifs en ce sens. Les promotions sont alors

²⁸¹⁷ Député Chabroux, séance du 30 mars 1790, Assemblée nationale constituante, in B.-J.-B. Roux, P.-C. Buchez, *De la Révolution française ou Journal des assemblées nationales de 1789 jusqu'en 1815*, t. 5, Librairie Paulin, Paris, 1834, p. 111.

²⁸¹⁸ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions...*, op. cit., 10^e éd., 2009, p. 157.

²⁸¹⁹ Député Chabroux, séance du 30 mars 1790, Assemblée nationale constituante, in B.-J.-B. Roux, P.-C. Buchez, *De la Révolution française...*, p. 111.

supposées être entourées de garanties analogues à celles prévues en matière de recrutement, afin de prévenir tout risque d'arbitraire en provenance du Pouvoir politique. Comme le prévoit le § 4.1 de la Charte européenne sur le statut de juges, adoptée en 1998, un système d'avancement doit être : « *exclusivement fondé sur les qualités et les mérites constatés dans l'exercice des fonctions confiées au juge ou à la juge au moyen d'évaluations objectives effectuées par un ou plusieurs juges et discutées avec le ou la juge intéressés* ». Il importe également, en application de la même disposition, que les décisions de promotion soient : « *prononcées par (une) instance (indépendante) ou sur sa proposition, ou avec son accord* »²⁸²⁰. Dans la mesure où, selon l'exposé des motifs de ce paragraphe, un tel encadrement vise aussi bien à protéger « *le ou la juge illégitimement bloqués dans leurs promotions que ceux excessivement récompensés* »²⁸²¹, celui-ci prévoit encore que : « *Le ou la juge qui ne sont pas proposés en vue d'une promotion doivent pouvoir former une réclamation devant* » l'instance indépendante précitée²⁸²².

En revanche, il est particulièrement intéressant de mettre en exergue la défiance que nourrissent ces mêmes instances, vis-à-vis de l'avancement à l'ancienneté. Ce système est pourtant traditionnellement regardé, comme une des garanties d'indépendance les plus protectrices, voire, pour rappel, comme une composante de l'inamovibilité « coutumière » des membres du Conseil d'Etat français. Cette importance n'a pas été totalement éludée par la Charte européenne sur le statut des juges, dont l'exposé des motifs souligne explicitement que l'avancement à l'ancienneté est « *considéré comme hautement protecteur de l'indépendance* ». Cependant, le même texte lui reproche d'impliquer, dans les systèmes nationaux étudiés, que « *la qualité du recrutement soit garantie de façon absolue* »²⁸²³, objectif difficilement réalisable en pratique. Le Conseil consultatif de juges européens est allé plus loin dans la dénonciation de ce mécanisme. A l'occasion de son Avis n° 1 (2001), celui-ci a précisément estimé que : « *dans le monde moderne, l'ancienneté n'est plus le grand principe de promotion généralement acceptable. L'opinion souhaite vivement non seulement que le système judiciaire soit indépendant, mais aussi qu'il soit de qualité et, notamment en période de mutations, que les responsables de l'appareil judiciaire soient des hommes de valeur. Un système de promotion fondé entièrement sur l'ancienneté risque de perdre en dynamisme, ce qui*

²⁸²⁰ Charte européenne sur les statuts des juges, *op. cit.*, § 4.1.

²⁸²¹ Exposé des motifs de la Charte européenne sur les statuts des juges, *op. cit.*, § 4.1.

²⁸²² Charte européenne sur les statuts des juges, *op. cit.*, § 4.1.

²⁸²³ Exposé des motifs de la Charte européenne sur les statuts des juges, *op. cit.*, § 4.1.

ne peut se justifier par un gain réel en matière d'indépendance »²⁸²⁴. C'est dès lors plus simplement, en ce qu'elle renseigne sur le nombre d'années d'expérience professionnelle, que l'ancienneté est susceptible d'être utilisées parmi les autres critères retenus pour l'avancement.

660. Au-delà du recours au levier traditionnel de l'avancement, le Pouvoir dispose également de la possibilité de favoriser le maintien des qualités requises des magistrats, au moyen d'instruments plus récents comme l'évaluation permanente ou périodique, ou encore la formation initiale et continue. Ces techniques ont notamment recueilli l'aval des instances consultatives de Conseil de l'Europe, au cours des dernières années, sous réserve d'être entourées de toutes les garanties matérielles et organiques propres à assurer leur objectivité, et à préserver l'indépendance et l'impartialité des magistrats concernés. Des développements ont ainsi été consacrés en ce sens, par le Conseil consultatif de juges européens, dans son Avis n° 10 (2007) sur le Conseil de la justice au service de la société²⁸²⁵, et par le Comité des ministres dans sa Recommandation n° R (2010) 12 sur les juges (indépendance, efficacité et responsabilités)²⁸²⁶. La *Magna Carta des juges* du 19 novembre 2010 est d'ailleurs elle-même venue affirmer, dans son huitième Principe, que : « *La formation initiale et continue est un droit et un devoir pour les juge* », et qu'elle constitue : « *un élément important pour garantir l'indépendance des juges ainsi que la réalité et l'efficacité du système judiciaire* »²⁸²⁷.

§ 2 . L'inamovibilité et l'exigence de responsabilité

661. Si l'aptitude tout à la fois humaine et professionnelle est une condition de l'indépendance statutaire du magistrat, il semble possible d'adhérer à l'opinion de l'ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Vladimiro Zagrebelsky, d'après laquelle : « *Sur le plan de l'intérêt public, la garantie de l'indépendance pour des magistrats qui ne la méritent pas peut-être...un vrai problème* »²⁸²⁸. L'existence d'un mécanisme de responsabilité disciplinaire, dans lequel interviendrait un organe indépendant et impartial, semble dès lors présenter un intérêt

²⁸²⁴ CCJE, Avis n° 1 (2010)..., *op. cit.*, § 29.

²⁸²⁵ CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 52-56 et 65-72.

²⁸²⁶ Comité des ministres, Recommandation n° R (2010) 12..., *op. cit.*, § 56-58.

²⁸²⁷ CCJE, Magna Carta des juges..., *op. cit.*, Principe 8.

²⁸²⁸ V. Zagrebelsky, *Le fonctionnement des Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, in T. S. Renoux (dir.), *Les Conseils supérieurs...*, *op. cit.*, p. 70.

évident. Cependant, s'agissant de personnes dont il est requis, en raison de leur qualité de magistrat, qu'elles répondent à un haut degré de vertu, la mise en œuvre de cette responsabilité devrait revêtir un caractère exceptionnel. L'ancien Avocat général à la Cour de cassation, Dominique Commaret, a pu formuler et justifier cette « conviction », lors d'un colloque franco-britannique de 2003, consacré à *La qualité de la justice*. Il déclarait alors : « Toute poursuite disciplinaire contre un magistrat est un échec : c'est un échec personnel pour l'homme mis en cause bien sûr, mais c'est aussi un échec collectif, l'échec d'une institution conduite à constater qu'elle n'a pas su détecter à temps le maillon faible...échec largement discréditant. Quel que soit le manquement, ...il entame à la fois la réputation de l'homme, celle du juge dans l'exercice de sa mission, puis, par une sorte de contagion, il dessert le corps judiciaire dans l'esprit du public »²⁸²⁹. Cet enjeu conduit à concevoir des mécanismes plus largement destinés à assurer le respect de la discipline au sein de la magistrature, la responsabilité disciplinaire traditionnelle, « partie émergée de l'iceberg » dans la problématique de la responsabilité, n'étant supposée intervenir qu'en dernier ressort. C'est pourquoi, bien qu'elle opère un transfert du pouvoir disciplinaire au détriment du Pouvoir politique, l'inamovibilité ne saurait constituer un obstacle à l'existence d'une discipline personnelle vis-à-vis des magistrats (A). Mieux encore, elle semble justifier en ce sens l'essor d'une discipline interne à la magistrature, venue compléter en amont la discipline étatique (B).

A . La discipline personnelle inhérente à l'inamovibilité

662. Comme le soulignent les magistrats Denis Salas et Antoine Garapon, une « responsabilité spécifique à l'activité juridictionnelle reste à inventer »²⁸³⁰, dans la mesure où ceux qui la réclament : « parlent de responsabilité mais...pensent sanction »²⁸³¹. Cette particularité tient à ce que la responsabilité ici conçue, tend à conjuguer de manière simpliste, deux approches distinctes de celle-ci : d'une part, celle d'une responsabilité mettant l'accent sur l'image de perfection que tout magistrat devrait pouvoir donner de sa fonction ; et, d'autre part, celle d'une responsabilité conçue sous l'angle de la faute disciplinaire et de sa sanction afférente. Or, si ces deux conceptions ont effectivement vocation à se compléter, cette

²⁸²⁹ D. Commaret, *Le contrôle interne*, in British institute of international and comparative law, Institut des hautes études sur la justice, Société de législation comparée, UMR de droit comparé de Paris, *Rendre compte de la qualité de la justice*, Actes du colloque franco-britannique de Paris des 14 et 15 novembre 2003, www.courdecassation.fr.

²⁸³⁰ Voir : X. Bioy, *L'institution judiciaire sous la Ve République...*, op. cit., p. 1112.

²⁸³¹ A. Garapon, *Les nouvelles responsabilités de la justice*, in. A. Garapon (dir.), *Les juges. Un pouvoir irresponsable ?*, Nicolas Philippe, Justement, Paris, 2003, p. 8.

complémentarité paraît appeler un autre agencement. Sur l'exemple du droit anglo-saxon, dans lequel l'inamovibilité de droit des juges supérieurs se traduit par leur irrévocabilité de fait, il semble bien le *summum* de la responsabilité des magistrats soit de voir leur responsabilité disciplinaire de principe (1°), rendue inutile par leur haut degré de responsabilisation (2°).

1°) Discipline et inamovibilité de droit : la clause de responsabilité

663. Lors des travaux préparatoires à la loi du 30 août 1883, nombre de voix s'étaient élevées, au sein des Assemblées parlementaires, pour dénoncer dans la garantie de l'inamovibilité, un facteur d'irresponsabilité des magistrats. Le Député Pelletan affirmait pour sa part que : « *Supprimer l'inamovibilité ce serait réformer la base de l'institution, ce serait substituer à l'irresponsabilité ordinaire, la responsabilité comme la règle du corps judiciaire* »²⁸³². Le Député Lepère abondait à son tour dans le même sens, déclarant : « *En République, quel est donc le principe qui s'applique à tous ceux qui sont investis de fonctions publiques ? C'est le principe de la responsabilité, et avec l'inamovibilité, vous le savez bien, pas de responsabilité* »²⁸³³. Ces critiques ne sont malheureusement pas propres à leur époque, et continuent au contraire de trouver un écho sous la plume de certains auteurs contemporains, faisant état d'une : « *irresponsabilité des magistrats, cumulant une inamovibilité de droit et de fait ainsi que l'absence pratique de réelles sanctions disciplinaires* »²⁸³⁴. Mais bien que formulés non sans une certaine raison, ces reproches ne sauraient toutefois faire oublier que l'inamovibilité a constamment coexisté, dans la culture judiciaire française, avec une conception exigeante de la responsabilité disciplinaire des magistrats, qu'a, il est vrai, fortement contribué à desservir la nature des relations entre la magistrature et le Pouvoir politique.

664. Ainsi que cela a déjà été précisé lors de développements précédents, l'acte de juger était d'abord considéré au Moyen Âge, comme une fonction réservée à Dieu. Se prétendre capable de juger les autres hommes, c'était, suivant la lettre de l'*Évangile selon Matthieu*, se rendre coupable d'orgueil et de présomption : « *Pourquoi vois-tu la paille qui est dans l'œil de ton frère, et n'aperçois-tu pas la poutre qui est dans ton œil ?...Hypocrite, ôte premièrement la poutre de ton œil, et alors tu verras comment ôter la paille de l'œil de ton frère* » [VII, 3-5]. Mais cet

²⁸³² Député Pelletan, Intervention à la Chambre des députés, le 29 mai 1883, JO, Débats, 1883, p. 1092.

²⁸³³ Député Lepère, Intervention à la Chambre des députés, le 20 janvier 1883, JO, Débats, 1883, p. 85.

²⁸³⁴ N. Baverez, *Les juges peuvent-ils se réfugier derrière leur indépendance?*, in A. Garapon (dir.), *Les juges...*, op. cit., p. 84.

interdit n'était pas infranchissable, et les Ecritures prévoyaient elles-mêmes les conditions dans lesquelles le jugement par les hommes, acte rendu nécessaire par l'accroissement de la population, pouvait acquérir un caractère licite. Le même *Evangelium* affirmait en effet : « *Ne jugez point, afin que vous ne soyez point jugés. Car on vous jugera du jugement dont vous jugez, et l'on vous mesurera avec la mesure dont vous mesurez* » [VII, 1-3]. Comme l'a résumé à cet égard le Professeur Jacob, le raisonnement des hommes du Moyen Âge devait être le suivant : « *Être juge, c'est usurper un attribut divin, certes, mais cette usurpation se mue en œuvre légitime si son auteur accepte d'engager sur son acte son propre jugement eschatologique. S'il expose son salut. Si, pour se faire juge, il s'institue en même temps justiciable* »²⁸³⁵. C'est ainsi que s'est développée l'idée d'après laquelle le roi, « élu de Dieu », se serait « *déchargé* » de l'exercice de la justice pour en « *charger la conscience* » des magistrats, et que ces derniers exerceraient à leur tour le « *devoir de leur charge* » pour la « *décharge de leur conscience* ». Une épée de Damoclès était en conséquence présumée peser, de manière permanente, sur les magistrats. Leur office ne s'apparentait en rien aux autres métiers, dans la mesure où celui-ci reposait sur l'engagement constant de leur responsabilité « *devant un principe* » immanent, « *indépendant du maître dont il tenait* » leur office²⁸³⁶. Cette relation spécifique à la responsabilité, ressort particulièrement d'une disposition de la Constitution dite *Scituri* de 524, par laquelle l'Empereur Justinien prescrivait déjà aux juges de siéger constamment avec les Ecritures auprès d'eux : « *afin qu'ils sachent qu'ils sont jugés plus qu'ils ne jugent les autres, car le jugement est plus terrible pour eux que pour les parties, puisque, si les parties sont soumises à d'autres hommes, eux traitent et règlent les causes sous le regard de Dieu* »²⁸³⁷.

Cette responsabilité se trouvait concrètement engagée par le biais du serment et de la sanction de la responsabilité disciplinaire. Le Professeur Jacob qualifie tout d'abord le serment, prêté à chaque séance annuelle de rentrée jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, de : « *vrai fondement de la fonction de juger et, en même temps, de la responsabilité judiciaire* »²⁸³⁸. Le Professeur Renoux-Zagamé, après lui avoir également reconnu un « *rôle essentiel* », donne l'explication suivante : « *En le prêtant « sur remembrance de Jésus-Christ crucifié », ce qui est comme « jurer sur la chose représentée », les juges « obligent tres-religieusement, & tres-estroitement leur conscience au service de la Justice »...Mais Dieu n'est pas seulement pris à*

²⁸³⁵ R. Jacob, *Les fondements symboliques...*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op. cit.*, p. 8.

²⁸³⁶ *Ibid.*, p. 23.

²⁸³⁷ *Scituri* (C. 3, 1, 14), cité par R. Jacob, *Les fondements symboliques...*, *op. cit.*, p. 20.

²⁸³⁸ R. Jacob, *Les fondements symboliques...*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op. cit.*, p. 15.

témoin, il est pris « à juge, cautions..., conservateur & exécuteur, voire...punisseur ». En effet, « en cas de volontaire & malicieuse défaillance, nous prononçons contre nous un jugement rigoureux de l'ire & vengeance divine », entendons que par ce serment, les juges engagent leur âme et leur salut »²⁸³⁹. Or, ce serment n'était pas sans emporter certaines incidences pratiques, puisqu'il se trouvait prolongé par l'obligation de respecter la prescription issue de la *Scripturi* justinienne. Cette dernière assimilait en effet la position des juges devant les Ecritures, à un serment et à un sacrement, de sorte que ceux-ci apparaissaient : « « *consacrés* » (*consecrati*) dans les deux sens du latin *sacer*, à la fois sacrés et maudits ». En d'autres termes, le juge se voyait confirmé à chaque séance dans son statut de maudit, par un « un serment implicite qui reproduisait son serment d'entrée en charge », et l'exposait « en cas de manquement à (ses) devoirs, au plus grave des châtiments »²⁸⁴⁰. La damnation n'apparaissait cependant, au sein d'un corps d'officiers et d'une société profondément empreints de religion, que comme la sanction suprême des fautes commises par certains parlementaires contre les devoirs de leur charge. Les magistrats, « *prêtres de la justice* » réunis en compagnies judiciaires, prenaient eux-mêmes soin d'anticiper le jugement divin, en soumettant leurs pairs à une discipline, dont nombre d'auteurs n'ont pas manqué de souligner l'extrême sévérité qu'elle pouvait revêtir²⁸⁴¹. Il conviendra d'y revenir à l'occasion de développements consacrés à la discipline interne sous l'Ancienne Monarchie. Dans ce cadre, la sanction de la forfaiture, que l'inamovibilité issue de l'ordonnance de 1467 définissait comme : « *la privation de l'office, ordonnée par sentence du juge* »²⁸⁴², paraissait viser à condamner les fautes les plus graves, celles qui ne permettaient pas de maintenir l'intéressé dans ses fonctions de magistrat, et qui le vouaient en quelque sorte au châtement divin. De fait, jusqu'au XVIIIe siècle, la forfaiture fut principalement associée par la doctrine, à la prévarication et à la concussion²⁸⁴³, à savoir à un « *manquement (par mauvaise foi) contre le devoir de sa charge* »²⁸⁴⁴ et à des actes de corruption « *par abus de l'autorité que lui donne sa*

²⁸³⁹ M.-F. Renoux-Zagamé, *Répondre de l'obéissance. La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des temps modernes*, in J.-M. Carbasse, L. Depambour-Tarride (dir.), *op. cit.*, PUF, Droit et justice, Paris, 1^{ère} éd., 1999, pp. 170-171.

²⁸⁴⁰ R. Jacob, *Les fondements symboliques...*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op. cit.*, p. 20.

²⁸⁴¹ Voir par exemple: M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, pp. 179-184 ; S. Soleil, « *Pour l'honneur de la compagnie et de la magistrature !* ». *Le pouvoir disciplinaire interne des institutions judiciaires (XVIe-XVIIIe siècles)*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op. cit.*, pp. 53-81.

²⁸⁴² C. Loyseau, *Des offices, Œuvres*, Lyon, 1701, p. 78. Cité par J.-L. Halpérin, *Forfaiture des juges et privation de l'office à la fin de l'Ancien Régime*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op. cit.*, p. 105.

²⁸⁴³ *Ibid.*, p. 106

²⁸⁴⁴ Dictionnaire de l'Académie française, 1^{ère} éd., 1694, 4^e éd., 1762.

charge »²⁸⁴⁵. Forfaire, c'était proprement transgresser les interdits évangéliques relatifs à la distribution d'une justice impartiale.

665. Cette approche exigeante et surtout apparente de la responsabilité des magistrats, c'est cependant trouvée contrariée par l'évolution des relations entre ceux-ci et la Couronne à partir de la fin de l'Ancien Régime. Leurs prétentions politiques, dans un contexte marqué par une société en crise, conduisit à une « *crispation de la magistrature au XVIIIe siècle* ». Le Professeur Soleil explique à cet égard : « *les difficultés se propagent à l'heure même où l'ensemble des institutions judiciaires sont prises à partie par les philosophes et l'opinion publique. A ces attaques, plutôt que de répondre en ouvrant le dialogue et en réformant ses pratiques, la magistrature, dans sa majorité, réplique par un réflexe d'autodéfense... On exalte le passé et la tradition... Les compagnies et la hiérarchie, tout en attachant un soin abusif à la dignité des juges, se montrent, parallèlement, beaucoup moins disposées à sévir avec les magistrats qui subissent les attaques conjuguées de l'opinion publique, des justiciables et des familles. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de resserrer les rangs du dernier carré* »²⁸⁴⁶. Ce retrait apparent de la responsabilité disciplinaire, ne devait pourtant pas entraîner sa disparition totale. Citant un autre auteur, Gwenola Kerbaol relève effectivement que : « *Le souci d'une justice toujours mieux obéie conduisait à penser que le corps judiciaire ne gagnait rien à l'étalage de ses faiblesses... Les procédures disciplinaires se firent plus rares... et plus discrètes, sinon feutrées... L'autorité se fit alors moins voyante. Au procès et à l'exécution publique, on préféra la pression discrète exercée sur le magistrat défaillant pour l'amener à la démission* »²⁸⁴⁷. L'abaissement de la justice au lendemain de la chute de l'Ancien Régime, et les vellétés de mainmise du Pouvoir politique sur la responsabilité disciplinaires des magistrats, vont néanmoins contribuer à renforcer l'image d'irresponsabilité attachée à ces derniers. Comme l'écrit le Magistrat Antoine Garapon, l'assimilation de l'institution de justice à une autorité subalterne, en constitue peut-être l'une des causes. En effet : « *Que peut-on imputer à une « bouche de la loi » ? Ne faudrait-il pas rechercher la voix et imputer les maux de la justice à de mauvais législateurs ? Peut-on, sans se contredire, dénier tout pouvoir au juge et réclamer en même temps*

²⁸⁴⁵ Dictionnaire Trésor, CNRTL.

²⁸⁴⁶ S. Soleil, « *Pour l'honneur de la compagnie et de la magistrature !* ». *Le pouvoir disciplinaire interne des institutions judiciaires (XVIe-XVIIIe siècles)*, in AFHJ, *Juger les juges...*, op. cit., pp. 80-81.

²⁸⁴⁷ G. Kerbaol, *La responsabilité des magistrats*, PUF, Droit et justice, Paris, 1^{ère} éd., 2006, p. 11.

*qu'il soit responsable ? »*²⁸⁴⁸. Mais cette irresponsabilité tient aussi à ce que - alors que la distribution d'une justice impartiale suppose, comme le prévoit l'inamovibilité, que les magistrats soient eux-mêmes jugés par une instance indépendante et impartiale – le Pouvoir politique a toujours entendu garder un rôle en la matière. Les réformes incessantes du Conseil supérieur de la magistrature, intervenues ou projetées en France ces deux dernières décennies, sont là pour le rappeler. Or, les réticences de l'autorité compétente – aujourd'hui le Conseil supérieur de la magistrature – à mettre en jeu, en partie pour cette raison, la responsabilité personnelle des magistrats, donne paradoxalement : *« l'image d'un corps soumis à son propre jugement...L'efficacité du système est ruinée par le soupçon systématique (au sens où c'est le système même qui engendre le soupçon du justiciable ou de l'observateur »*. *La croyance en l'irresponsabilité du magistrat est alors confortée par l'idée que, jugé par ses pairs, ses collègues, c'est-à-dire par lui-même, le magistrat n'encourt effectivement aucune responsabilité »*²⁸⁴⁹.

Mais encore une fois, ce phénomène n'atteste pas une disparition de la responsabilité disciplinaire. Cette dernière s'est adaptée ou a été adaptée, afin de tenir compte d'autres impératifs. Ainsi que le précise le Professeur Deguegue : *« Tous les juristes savent que la responsabilité des magistrats existe en réalité, mais cette responsabilité n'est ni visible, ni lisible »*. Elle n'est pas lisible, parce que la responsabilité engagée est d'abord celle de *« l'Etat du fait de ses magistrats »* concourant au service public de la justice, laquelle *« est une responsabilité du fait d'autrui »*. Elle n'est pas non plus visible : *« car il n'y a pas de condamnation civile pécuniaire des magistrats, peu de condamnation pénale, les responsabilités civile et pénale étant les seules à être extériorisées vis-à-vis des victimes du service public de la justice »*. Et l'Universitaire d'ajouter : *« La responsabilité disciplinaire est, quant à elle, plus souvent mise en œuvre, mais c'est une affaire de famille qui demeure intériorisée »*²⁸⁵⁰. La faible visibilité attachée au déroulement et au dénouement de chaque affaire disciplinaire, est néanmoins compensée par la publicité dont fait inversement l'objet le régime disciplinaire des magistrats. En effet, les règles relatives à la faute, à la procédure et aux sanctions disciplinaires sont exposées dans la Constitution et le Statut organique de la magistrature. A cela s'ajoute la décision prise en 2003, par le Conseil supérieur de la magistrature, de procéder à une *« présentation systématique et synthétique de l'ensemble des la jurisprudence*

²⁸⁴⁸ A. Garapon, *Les nouvelles responsabilités de la justice*, in A. Garapon (dir.), *Les juges...*, *op. cit.*, p. 15.

²⁸⁴⁹ G. Kerbaol, *La responsabilité...*, *op. cit.*, p. 50.

²⁸⁵⁰ M. Deguegue, *Les champs généraux de la responsabilité et leur application aux magistrats*, in S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *La responsabilité des magistrats*, Actes du colloque organisé à Limoges le 18 novembre 2005, Entretiens d'Aguesseau, Pulim, Limoges, 2008, p. 93.

disciplinaire de ses formations du siège et du parquet rendue depuis 1959, complétée par celle du Conseil d'Etat »²⁸⁵¹. Cette initiative qui n'a pas d'équivalent dans les autres fonctions publiques, a ainsi abouti à la publication d'un recueil de huit-cents pages en 2006, dont la version informatique se trouve désormais continuellement mise à jour sur le site Internet de l'Institution²⁸⁵². Reste que la responsabilité disciplinaire des magistrats, si elle suppose d'être réelle et exigeante, ne saurait apparaître disproportionnée, au risque de nuire à la sérénité nécessaire à ceux-ci dans l'exercice de leur mission. Or, à l'occasion d'une comparaison entre la responsabilité attendue, en pratique, des magistrats et des responsables politiques, le Professeur Volcansek a parfaitement mis en exergue ce risque. Dans son *Judicial misconduct. A cross-national comparison* de 1996, cet auteur notait en effet qu'il : « *Il est habituellement attendu, dans les faits, que les juges surpassent les standards éthiques escomptés des autres responsables politiques. Ils sont supposés être, à l'image de la femme de César, au-dessus de tout reproche. Des actes qui sont tout à fait acceptables chez le législateur ou un ministre, seraient sujets à caution s'ils étaient commis par un juge. De plus, un manquement éthique attribué à un juge peut avoir des répercussions disproportionnées par rapport à la « faute ». L'opinion publique peut également exiger une punition plus importante pour le juge mécréant, que pour un homme politique* »²⁸⁵³.

2°) Discipline et irrévocabilité de fait : la clause de responsabilisation

666. Le meilleur moyen de conjurer un tel risque, paraît résider dans une prise en compte de l'interprétation que fait le même universitaire texan, du faible nombre d'évictions dont font officiellement l'objet les juges au sein des « grandes démocraties ». Dans son étude, celui-ci écrit : « *Ce qui ressort le plus remarquablement de notre étude comparative, c'est que très peu de juges sont écartés de la magistrature pour (des raisons disciplinaires)...Une séduisante explication est que les juges des démocraties se comportent avec un tel honneur et avec une telle dignité, qu'aucune responsabilité disciplinaire n'est nécessaire. Il en*

²⁸⁵¹ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La discipline des juges...*, op. cit., p. 10.

²⁸⁵² CSM, Recueil des décisions et avis disciplinaires, 2006, www.conseil-superieur-magistrature.fr.

²⁸⁵³ “*Judges are, in fact, usually expected to surpass the standards of ethical behavior that attach to other political officeholders. They are to be, like Caesar's wife, above reproach. Action that might be wholly acceptable for legislator or a cabinet minister would raise eyebrows if undertaken by a judge. Moreover, an ethical lapse by a judge can have repercussions quite disproportionate to the “sin”. Public opinion may likewise demand greater punishment for a miscreant judge than for a politician*”. Voir: M. L. Volcansek, *Judges and democracy*, in M. L. Volcansek *Judicial misconduct. A cross-national comparison*, University Press of Florida, Gainesville, 1996, p. 11.

va très certainement ainsi pour une écrasante majorité d'entre eux »²⁸⁵⁴. Cette remarque, pour idéaliste qu'elle puisse paraître au premier abord, n'est pourtant pas sans rappeler les mots qui perçaient sous la plume d'un magistrat français, à la fin des années 1990 : « Plus que jamais, il faut que l'on prenne conscience que la forme la plus noble de la responsabilité est celle – par essence insusceptible d'être inscrite dans aucun texte – qui conduit chaque juge dans une manière de colloque singulier avec sa conscience à prendre pleinement la mesure des conséquences multiformes de ses actes juridictionnels... Cette responsabilité, par quoi se signifie la grandeur et la singularité de la fonction de juger, fait que chaque juge prend conscience que chacune de ses décisions engage en réalité l'institution judiciaire toute entière »²⁸⁵⁵. C'est l'existence d'une telle conscience qui se trouve traditionnellement invoquée, au sein des Etats de culture anglo-saxonne, pour expliquer la transformation de l'inamovibilité de droits des juges supérieurs ou fédéraux, en irrévocabilité de fait. Or, si cette qualité est classiquement liée au mode de recrutement, elle peut également être acquise et développée au cours de la carrière, à travers des mécanismes de responsabilisation. Cette dernière peut notamment se traduire, sans rechercher ici l'exhaustivité, à la fois par le rappel de la déontologie professionnelle et la promotion de la distinction professionnelle.

667. La déontologie renvoie à l'énoncé des devoirs comportementaux destinés à guider le magistrat dans l'exercice de son activité professionnelle. Elle vise, à aider le juge à acquérir le « réflexe du comportement réfléchi »²⁸⁵⁶ et à développer un « sens aigu de la responsabilité »²⁸⁵⁷, eu égard à la mission qui lui est assignée. Ainsi que cela a déjà été indiqué, cet instrument de responsabilisation a pris son essor dès le Moyen Âge, en France, vis-à-vis de la magistrature. Deux principaux vecteurs de transmission de la déontologie existaient alors. Outre la prestation annuelle de serment, dont la dimension cardinale a été abordée précédemment, il convient d'évoquer les anciennes ordonnances des rois de France qui, selon le Professeur Jacob, dessinaient déjà une « sorte d'architecture de la déontologie judiciaire »²⁸⁵⁸. A ces deux premiers moyens, il est possible d'ajouter, à partir de la

²⁸⁵⁴ “What is most remarkably apparent from our country-by-country examination is that very few judges are removed from the bench for any reason...An appealing explanation is that judges in democracies comport themselves with such honor and dignity and decide all cases so impartially that no discipline is necessary. The overwhelming majority undoubtedly do so”. Voir: M. L. Volcansek, *Judges and democracy*, in M. L. Volcansek *Judicial misconduct...*, *op. cit.*, pp. 111-112.

²⁸⁵⁵ Y. Benhamou, *Réflexions à propos du retour en grâce des juges. Contribution critique à l'étude du corporatisme judiciaire et de la responsabilité des juges*, Dalloz, n° 44, 1999, p. VI.

²⁸⁵⁶ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La déontologie...*, 2^e éd., 2009, p. 4.

²⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 46.

²⁸⁵⁸ R. Jacob, *Les fondements symboliques...*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op. cit.*, p. 12.

fin du XVII^e siècle, les harangues et mercuriales prononcées par les représentants du ministère public. Initialement utilisées pour assurer la discipline interne au sein des parlements, celles-ci avaient commencé à se muer à cette époque, en des discours sur la morale judiciaire destinés : « à stigmatiser les manquements (et) à rappeler à leurs devoirs juges, avocats, procureurs et sergents »²⁸⁵⁹. Parmi ces trois techniques, seule celle du serment s'est véritablement maintenue jusqu'à aujourd'hui. Les lois adoptées à partir de 1789 se sont fait moins précises dans la détermination des devoirs professionnels des magistrats²⁸⁶⁰. De même, tandis que, refermant définitivement la parenthèse révolutionnaire, la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire rétablissait l'usage des mercuriales, un décret du 27 février 1974 rendit finalement facultatif le prononcé d'un discours « portant sur un sujet d'actualité ou sur un sujet d'intérêt juridique ou judiciaire »²⁸⁶¹. Cette dernière évolution de l'état du droit n'a, il est vrai, pas touché toutes les juridictions de la même façon. C'est ainsi que la pratique des discours annuels a été parfaitement préservée au niveau de la Cour de cassation, où elle conserve, sous la plume du premier président et du procureur général, une dimension éminemment déontologique. Reste que le serment prêté par les magistrats lors de leur entrée dans la magistrature, a encore été considéré jusqu'à une époque récente, comme « la seule véritable reconnaissance publique » contemporaine, « d'une soumission à la déontologie « officielle » »²⁸⁶². Celui-ci consiste en effet, selon l'article 6 du Statut organique de la magistrature, dans la formule suivante : « Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de le conduire en tout comme un digne et loyal magistrat ». Cependant, dans une société moins empreinte de religion que ne l'était celle de l'Ancienne Monarchie, le serment a largement perdu son aura passé. Souffrant d'une portée juridique et d'un contenu matériel limités, il est apparu insuffisant dans un contexte politique et social soucieux de voir clairement affirmée une déontologie de la magistrature. Les réflexions menées en France sur le sujet, à partir de la fin des

²⁸⁵⁹ R. Jacob, *Les fondements symboliques...*, in AFHJ, *Juger les juges...*, op. cit., p. 12.

²⁸⁶⁰ Guy Canivet et Julie Joly-Hurard écrivent à ce sujet : « les dispositions relatives à la déontologie des magistrats restent rares et éparées : exceptées quelques dispositions issues de l'ordonnance du 22 décembre 1958, d'articles dans le Code pénal ou dans le Code de procédure pénale, c'est peut-être dans une circulaire du président Vincent Auriol, signée du 29 décembre 1952 en sa qualité de président du Conseil supérieur de la magistrature, que l'on trouve exposé une doctrine « officielle » sur le devoir de réserve du juge ». Voir : G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La déontologie...*, 2^e éd., 2009, p. 62.

²⁸⁶¹ J.-C. Farcy, *Magistrature en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^e-XX^e siècles)*, Editions du CNRS, Paris, 1998, pp. 30-54. Le caractère facultatif des discours de rentrée est aujourd'hui prévu à l'article R. 111-2 du code de l'organisation administrative.

²⁸⁶² G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La déontologie...*, 2^e éd., 2009, p. 64.

années 1990, ont dès lors abouti à privilégier, sur l'exemple des autres pays et du droit européen, le développement d'un *Recueil des obligations déontologiques*.

Adopté et publié en 2010, ce « recueil » s'inscrit dans le sillon des préconisations émises par les instances consultatives du Conseil de l'Europe, dans la mesure où il réfute l'idée traditionnellement admise en France, suivant laquelle : « *la porte d'entrée de la déontologie... (résiderait dans) la discipline et la recherche de la responsabilité des magistrats* »²⁸⁶³. Le Conseil consultatif de juges européens a en effet pris soin, dès ses avis n° 3 (2002) et n° 10 (2010), de définir les règles déontologiques comme des : « *normes d'autocontrôle* », destinées à exprimer une : « *capacité de la profession de réfléchir sa fonction dans ses valeurs en adéquation avec les attentes du public et en contrepartie des pouvoirs attribués* »²⁸⁶⁴. Il a également évoqué celles-ci comme les éléments d'un « *guide de bonnes pratiques* »²⁸⁶⁵, dont le but est d'informer le public « *sur les normes de conduite qu'il est autorisé d'attendre de la part des juges* », et de donner aux citoyens « *l'assurance que la justice est rendue indépendamment et impartialement* »²⁸⁶⁶. Ce faisant, le Conseil a fait découler de cette définition étendue, deux conséquences complémentaires. Il a d'abord invité les Etats à distinguer la responsabilité disciplinaire de la déontologie, lesquels ne possèdent pas le même champ d'application²⁸⁶⁷. En effet, comme l'avait déjà parfaitement explicité le Juge Gonthier en 1995, dans un arrêt « *Ruffo* » de la Cour suprême du Canada : « *La règle de déontologie... se veut une ouverture vers la perfection. Elle est un appel à mieux faire, non par la sujétion à des sanctions diverses mais par l'observation de contraintes personnellement imposées* »²⁸⁶⁸. Partant, l'Instance du Conseil de l'Europe a ensuite préconisé à ces mêmes Etats de privilégier l'édition d'un « *recueil* », à celui d'un « *code* » de principes déontologiques. Cette préférence, partagée par l'échelon européen, le Canada et la France, s'explique en partie par cette idée qu'un « *code* » peut : « *susciter l'illusion qu'il contient la totalité des règles*

²⁸⁶³ D. Charvet, *Recueil Dalloz*, 2008, Chronique 1634. Cité in G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La déontologie...*, 2^e éd., 2009, p. 2.

²⁸⁶⁴ CCJE, Avis n° 3 (2002)..., *op. cit.*, § 45.

²⁸⁶⁵ CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 58.

²⁸⁶⁶ CCJE, Avis n° 3 (2002)..., *op. cit.*, § 44.

²⁸⁶⁷ CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 58.

²⁸⁶⁸ Cour suprême du Canada, arrêt du 14 décembre 1995, « *Ruffo c. Conseil supérieur de la magistrature* », [1995] 4 R.C.S. 267, § 110.

(déontologiques,) *et que tout ce qui n'est pas interdit est permis* »²⁸⁶⁹. Mais elle se justifie aussi et surtout, par la crainte de voir utilisé le corpus déontologique à des fins essentiellement disciplinaires. Les différentes études réalisées sur le sujet n'ont, en effet, pas manqué de souligner les dérives des systèmes fédérés américain, où la judicature est : « *soumise à des codes de déontologie extrêmement détaillés et à des sanctions qui vont jusqu'à des frais et des amendes, ce qui amène certains commentateurs à affirmer qu'il « est accepté aux Etats-Unis que la magistrature étatique n'est pas une magistrature qui jouit des garanties de l'indépendance* »²⁸⁷⁰.

Le recours à la déontologie comme moyen de responsabilisation des magistrats, ne saurait donc conduire à confondre « *l'office du juge avec un contrat d'emploi* », au risque de « *mettre en cause l'indépendance et même l'inamovibilité de ceux-ci* »²⁸⁷¹. La concevoir en ce sens se révélerait d'ailleurs contreproductif, au regard du souci incident de justifier le bénéfice de l'inamovibilité, voire de promouvoir le passage d'une inamovibilité de droit à une irrévocabilité de fait. Dans ce contexte, le Conseil consultatif de juges européens a émis des recommandations supplémentaires, concernant l'élaboration de ces règles et le moyen d'assurer leur respect. L'Instance consultative a ainsi préconisé, dans son Avis n° 10 (2007), que la rédaction du recueil déontologique incombe à un « *organe autre que celui en charge de la discipline des juges* »²⁸⁷². Cette prescription paraît avoir été pour partie respectée en France, où le *Recueil* de 2010 apparaît être le fruit de la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature. S'agissant ensuite des moyens à mettre en œuvre pour favoriser le respect de cette déontologie par les magistrats, les Avis n° 3 (2002) et 10 (2007) ont entendu privilégier des méthodes d'ordre pédagogique, exclusives de toute idée de sanction. En ce sens, la formation initiale et continue devrait constituer le premier instrument d'inculcation des règles déontologiques, ce vecteur ayant été pleinement pris en compte lors de la réforme des programmes de l'Ecole nationale de la magistrature en 2008. A cela s'ajoute la possibilité pour les inspections judiciaires des Etats, de conduire et de publier des réflexions à destination des magistrats, sur la base de l'observation de leurs

²⁸⁶⁹ CCJE, Avis n° 3 (2002)..., *op. cit.*, § 46. Voir également : Cour supreme du Canada, arrêt du 14 décembre 1995, « *Ruffo*... », *op. cit.*, § 110 ; CSM, Recueil des obligations..., *op. cit.*, p. X.

²⁸⁷⁰ A. Lajoie, *L'indépendance du judiciaire*..., *op. cit.*, www.courdecassation.fr. Voir également : J. Cabannes (président), Rapport final de la Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, Ministère de la justice, Paris, 5 avril 2005, pp. 12-13 ; Y.-M. Morissette, *Comment concilier déontologie et indépendance judiciaires ?*, McGill Law Journal, vol. 48, 2003, pp. 301, 304 et 307-308.

²⁸⁷¹ Y.-M. Morissette, *op. cit.*, pp. 297 et 301.

²⁸⁷² CCJE, Avis n° 10 (2007)..., *op. cit.*, § 60.

comportements²⁸⁷³. Ces techniques, pour utiles qu'elles soient, restent cependant en retrait par rapport au souci de pouvoir alerter un magistrat, individuellement, sur les dangers de sa conduite. C'est ainsi qu'au Canada, les textes ayant trait à l'examen des plaintes, prévoient expressément la faculté pour les instances du Conseil canadien de la magistrature de clore un dossier disciplinaire, tout en écrivant au juge intéressé : « *pour lui faire part de l'évaluation de sa conduite et lui exprimer ses préoccupations à l'égard de celle-ci* »²⁸⁷⁴. De même en France, dans son rapport final de 2005, la Commission dite « Cabannes » avait suggéré que l'évaluation des magistrats intègre des critères liés à l'éthique et à la déontologie, qui seraient appréciés suivant « *trois rangs d'évaluation : « satisfaisant », « à parfaire », « insuffisant »* »²⁸⁷⁵. Cette proposition avait alors été vivement rejetée, dans un avis de la même année, par le Conseil supérieur de la magistrature²⁸⁷⁶. Pourtant, comme l'écrivait le Professeur Morissette deux années auparavant, le choix d'une telle gradation apparaît compatible avec la logique déontologique, en ce que seuls « *les écarts de conduite répétés* » attireront une sanction, et dans la mesure où il permet de sortir du : « *schéma binaire classique auquel nous sommes habitués en droit, et qui renferme la réalité dans des catégories legalistes : légal/illégal, permis/interdit, faute/absence de faute* ». Et l'Universitaire canadien de citer *in fine* les traditions juridiques fondées sur la révélation, tels le droit canon et le droit talmudique, ou encore le droit islamique dans lequel est utilisé : « *une échelle quintigrade pour calibrer les règles de conduite : un comportement peut être prohibé, déconseillé, neutre (ou licite), recommandé ou obligatoire* »²⁸⁷⁷.

668. Au-delà de l'emploi de la déontologie, qui ressort *a priori* comme l'outil le plus approprié pour responsabiliser les magistrats, il est également envisageable de mettre à profit le levier de la distinction professionnelle. Selon l'opinion défendue par Antoine Garapon²⁸⁷⁸, la justice d'aujourd'hui souffrirait en effet : « *peut-être moins de fautes caractérisées que de ce qu'en anglais on appelle slack, c'est-à-dire à la fois l'indolence, le « je m'enfoutisme », le comportement tire-*

²⁸⁷³ CCJE, Avis n° 3 (2002)..., *op. cit.*, § 47.

²⁸⁷⁴ Conseil canadien de la magistrature, Procédures relatives à l'examen des plaintes déposées au Conseil Canadien de la magistrature au sujet des juges de nomination fédérale, www.cjc-ccm.gc.ca, articles 5.2 et 9.7.

²⁸⁷⁵ J. Cabannes (président), Rapport final..., *op. cit.*, p. 25.

²⁸⁷⁶ CSM, Avis sur les propositions du rapport final de la Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, www.conseil.superieur-magistrature.fr, 20 mai 2005, pp. 4-5.

²⁸⁷⁷ Y.-M. Morissette, ..., *op. cit.*, pp. 310-311.

²⁸⁷⁸ A. Garapon, *Les nouvelles responsabilités de la justice*, in A. Garapon (dir.), *Les juges...*, *op. cit.*, p. 3.

au-flanc, bref de la médiocrité de certains juges qui ne font pas vraiment leur travail sans toutefois commettre de fautes professionnelles ». Ce type de comportement, s'il constitue assurément un manquement à la déontologie, peut difficilement trouver sa solution ultime dans la mise en œuvre des mécanismes classiques de responsabilité. C'est pourquoi, appuyé en cela par Guy Canivet et Julie Joly-Hurard²⁸⁷⁹, le même magistrat préconise de compléter la responsabilité disciplinaire destinée à « *punir les mauvais* » juges, par des dispositifs d'émulation visant à « *promouvoir les bons juges* » et à « *récompenser les meilleurs* ». Il n'est sans doute pas ici nécessaire d'entrer dans le détail des dispositifs susceptibles d'être mis en œuvre. Cette distinction professionnelle peut notamment être opérée, pour citer les vecteurs les plus importants, par le biais de la promotion, de l'évaluation, ou encore, exemple plus récent, par celui des « *primes au mérite* ». Reste, pour conclure sur ce point, que les moyens utilisés impliquent de faire l'objet d'un encadrement suffisant, et de ne pas être détournés à des fins contraires à l'indépendance et à l'impartialité requises des magistrats.

B . La discipline interne nécessaire à l'inamovibilité

669. Si le principe d'une responsabilité personnelle des magistrats apparaît inhérent à l'inamovibilité, qu'il se traduise en amont par une volonté de responsabilisation, et en aval par l'admission d'une responsabilité disciplinaire, cette relation symbiotique apparaît d'autant mieux assurée qu'elle jouit d'une contribution active du corps judiciaire. Comme l'affirmait en effet le Procureur général Dupin en 1832, dans ses conclusions sur l'arrêt « *Baudouin* » de la Cour de cassation, un magistrat fautif : « *n'est pas seulement coupable envers lui-même, puisqu'il a manqué à la dignité et à la sincérité de son caractère ; coupable envers la Cour, au sein de laquelle il a jeté le trouble et la division, il est coupable envers toute la magistrature française : car les actes qui lui sont reprochés sont précisément ceux dont l'esprit de parti s'autorise avec le plus de violence et de spéciosité pour les imputer au corps tout entier de la magistrature* »²⁸⁸⁰. De fait, le Pouvoir politique a souvent argué de tels manquements, pour dénoncer la prétendue « *impunité* »²⁸⁸¹ offerte par l'inamovibilité, et ainsi justifier son immixtion dans la discipline des magistrats. Ce phénomène a alors conduit le corps judiciaire à attacher, quelle que

²⁸⁷⁹ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La déontologie...*, 2^e éd., 2009, pp. 153-158.

²⁸⁸⁰ Conclusions du Procureur général Dupin sur : C.cass., Ch. réunies, arrêt du 14 janvier 1833, « *Baudouin* », Sirey, 1833, p. 568. Cette formule fut ultérieurement reprise par le Procureur général Bartauld, dans son réquisitoire sur : C.cass., Ch. réunies, arrêt du 1^{er} mars 1880, « *Nourry* », Dalloz, 1880.1.137.

²⁸⁸¹ Réc. Bartauld sur : C.cass... « *Nourry* », *op. cit.*, p. 137.

soit l'instance disciplinaire compétente au titre de l'inamovibilité, une importance singulière « *au jugement de la magistrature elle-même* »²⁸⁸², afin que : « *tout le monde sache...qu'au centre de l'empire réside un sénat incorruptible qui a compris toute l'étendue de sa mission, et qui saura ramener avec fermeté dans la ligne du devoir quiconque serait tenté de s'en écarter* »²⁸⁸³. Faute d'un corpus disciplinaire suffisant à l'échelle du Royaume, ce souci s'est traduit, dès l'Ancienne Monarchie, par l'essor d'une véritable discipline interne palliative (1°). A l'aube du XXIe siècle, si un dispositif d'une telle ampleur ne se justifie plus, l'existence d'une discipline interne venue compléter l'action de l'organe central d'éviction, paraît néanmoins conserver tout son intérêt (2°).

1°) Une fonction historique, palliative de la discipline étatique

670. L'un des traits principaux du régime disciplinaire des magistrats sous l'Ancienne Monarchie, résidait dans l'absence d'un système disciplinaire véritablement réglementé. Outre l'absence de désignation d'une instance particulière pour connaître des manquements des magistrats, il n'existait aucun « *corps global de règles spécifiques* »²⁸⁸⁴ destiné à encadrer la procédure disciplinaire applicable. Sans doute, l'ordonnance de 1467 consacrant l'inamovibilité, prévoyait-elle qu'un magistrat ne pourrait être privé de son office qu'en cas de : « *forfaiture préalablement jugée et déclarée judiciairement, selon les termes de justice, par juge compétent* ». Mais cette procédure, par son symbolisme et sa gravité, avait vocation à être mise en œuvre de manière exceptionnelle. Or, dans le même temps, les magistrats rejetaient l'idée d'une tutelle de la couronne, au motif notable de la garantie sus-évoquée. D'après les explications du Professeur Leca, ceux-ci considéraient : « *assez largement qu'ils ne pouvaient être soumis à aucun contrôle autre que celui de leur corps et qu'il appartenait aux cours souveraines seules de prendre connaissance des mœurs des officiers de justice de leur ressort, ainsi que de les juger* »²⁸⁸⁵. C'est pourquoi dans le souci de préserver leur autonomie face au Pouvoir royal, chaque parlement fut amené à développer, « *pour l'honneur de la compagnie et de la magistrature !* »²⁸⁸⁶, des mécanismes disciplinaires internes. Il

²⁸⁸² *Ibid.*, p. 137.

²⁸⁸³ Conclusions du Procureur général Dupin sur : C.cass..., « *Baudouin* », *op. cit.*, p. 568

²⁸⁸⁴ S. Soleil, « *Pour l'honneur de la compagnie...*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op.cit.*, p. 54.

²⁸⁸⁵ A. Leca, *Approche historique. La responsabilité des magistrats. L'exemple de l'Ancien droit français*, in ISPEC, *Les juges : de l'irresponsabilité...*, *op. cit.*, p. 43.

²⁸⁸⁶ S. Soleil, « *Pour l'honneur de la compagnie...*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op.cit.*, p. 53.

paraît possible de donner en ce sens les exemples, par ordre croissant de sévérité, de la police interne à la compagnie, des mercuriales et de l'exauctoration.

671. Dans ses développements consacrés au *Pouvoir disciplinaire interne* dans la France d'Ancien Régime, en 2000, le Professeur Soleil faisait état d'une procédure de police interne, destinée à répondre à des manquements liés à des querelles entre magistrats ou à des comportements jugés inappropriés dans la vie quotidienne de la compagnie. L'Universitaire donne ainsi l'exemple d'une affaire qui opposa, en 1665, le président du parlement de Rennes au procureur général près cette même cour. En l'espèce, le premier avait reproché au second de : « *parler devant la Cour, penché, accoudé et la tête couverte* ». Bien que le procureur se soit expliqué de cette position, en précisant qu'il souffrait d'une goute sciatique, le premier président se considéra semble-t-il insulté par le ton de sa réponse, et demanda à la compagnie de connaître du litige. Celle-ci fut ainsi amenée à rendre un arrêt par lequel elle jugea : « *qu'il sera remonté au procureur général qu'il debvroit user à l'endroit de la remontrance que luy a faicte Me A. Guillard premier Président, de paroles plus douces et modestes...et qu'il sera remontré à Me A. Guillard que cy-devant et depuis l'établissement de cette compagnie il ne s'estoit trouvé tant d'interruption en la Justice qu'elle a vue depuis le commencement de cette séance dont elle est fort déplaisante* »²⁸⁸⁷. Ainsi que l'a précisé le Professeur Soleil, la particularité de cette procédure résidait essentiellement dans son absence de caractère formel et déterminé. C'est ainsi que l'action pouvait « *être déclenchée par n'importe quel magistrat...à n'importe quel moment et vis-à-vis de n'importe quel collègue* »²⁸⁸⁸. En outre, le but étant de régler au mieux de tels litiges, les compagnies ajournaient immédiatement leurs travaux pour connaître de ceux-ci, privilégiant la recherche de l'exactitude matérielle des faits, à la qualification juridique de ces derniers. Enfin, il semble que le magistrat fautif bénéficiait le plus souvent : « *d'une porte de sortie... : l'amende honorable* », sous réserve : « *d'abandonner ses prétentions, (de) renoncer à cultiver ses risques, (et d')affirmer vouloir respecter à l'avenir les remontrances qui lui ont été faites* »²⁸⁸⁹.

672. Plus graves en termes de sévérité, étaient les mercuriales. Apparues vers le milieu du XVe siècle, elles correspondaient à des cérémonies rassemblant toutes les chambres du parlement, et destinées à censurer les fautes commises par les officiers de la cour et les gens du roi, et à connaître de la « *contravention aux*

²⁸⁸⁷ S. Soleil, « *Pour l'honneur de la compagnie...*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op.cit.*, p. 65.

²⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 64.

²⁸⁸⁹ *Ibid.*, pp. 65-66.

ordonnances concernant les mœurs et le style Palais »²⁸⁹⁰. En ce sens, une ordonnance royale de 1629 prévoyait plus précisément que : « *l'on devait traiter dans les Mercuriales de la discipline des parlemens, réglemens et mœurs et modération des épices et salaires et autres choses concernant l'honneur et la dignité des juges et expédition des causes. Et qu'en icelles soient reçues par eux commises et contraventions aux ordonnances* »²⁸⁹¹. Ces cérémonies qui se déroulaient initialement tous les quinze jours, le mercredi, revêtaient un caractère essentiellement « *non-contentieux* »²⁸⁹². Pour autant, elles n'étaient pas dénuées d'un certain formalisme, ni d'une certaine rigueur dans leur déroulement. L'ensemble des représentants du ministère public se levait et restait debout, tandis que le procureur général et l'avocat général prononçaient un discours à l'occasion duquel ils jugeaient les « *défauts reprochés à tel ou tel membre en particulier* »²⁸⁹³. L'assemblée se tenait alors à huis clos. Comme le précise Marcel Rousselet, les sanctions prononcées consistaient dans des remontrances aux coupables, dans une information au roi, voire dans la privation ou la suppression des offices. Le procédé des mercuriales, dans sa forme originelle, est néanmoins progressivement tombé en désuétude à partir de la fin du XVII^e siècle, époque à laquelle, cela a déjà été précisé, celles-ci ont commencé à se muer en des discours annuels de rentrée. Cette mutation paraît néanmoins avoir été avantageusement palliée par l'essor d'une procédure hiérarchique contentieuse, à laquelle le Professeur Soleil a consacré des développements dans son étude précitée. Celle-ci avait en commun avec les mercuriales, d'être engagée par le parquet, lequel adressait *in fine* une remontrance à la cour, exposant les infractions imputables à l'accusé, ainsi qu'une requête, proposant une solution à l'affaire. Il appartenait ensuite à la formation de jugement : « (de) « *faire droit sur la remontrance* », (d')*exiger un supplément d'information ou (de) rectifier la décision proposée* »²⁸⁹⁴.

673. La dernière procédure disciplinaire susceptible d'être citée, mais également la plus sévère, est l'exauctoration. Ayant pris son essor à la fin du XV^e siècle, semble-t-il, celle-ci s'apparentait à un véritable processus de dégradation, qui n'était pas sans rappeler, par certains traits, celles qui étaient alors en vigueur dans l'armée et dans l'Eglise. Le Premier président Rousselet la regardait, dans son

²⁸⁹⁰ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 1, *op. cit.*, p. 63.

²⁸⁹¹ Cité in *ibid.*, p. 64.

²⁸⁹² A. Leca, *Approche historique. La responsabilité des magistrats. L'exemple de l'Ancien droit français*, in ISPEC, *Les juges : de l'irresponsabilité...*, *op. cit.*, p. 43.

²⁸⁹³ *Ibid.*, p. 43.

²⁸⁹⁴ S. Soleil, « *Pour l'honneur de la compagnie...*, in AFHJ, *Juger les juges...*, *op. cit.*, pp. 66-67.

Histoire de la magistrature de 1957, comme : « *l'inverse du formalisme qui accueillait le juge à son entrée dans la Magistrature* »²⁸⁹⁵. Elle constituait à ce titre, une mesure destinée à insister sur le caractère particulièrement infamant d'une peine de privation d'office préalablement prononcée. Le même auteur en a donné une description qui mérite, pour en saisir la gravité, d'être retracée dans son intégralité : « *Pour la dernière fois, le magistrat qui allait subir une peine capitale ou seulement afflictive et infamante revêtait sa robe rouge pour comparaître devant ceux qui avaient été ses Pairs. Il se mettait à genoux et une torche à la main il entendait la sentence. Puis les huissiers s'emparaient du condamné, lui ôtaient ses insignes de magistrat, sa robe et le revêtaient d'un habit et d'un bonnet de bure. Il était ensuite livré aux exécuteurs des arrêts de la Cour. Mais ce n'était pas assez de cette grande humiliation et les magistrats subissaient encore une autre peine : le bourreau, un fer brûlant à la main, flétrissant au front d'une fleur de lys les juges prévaricateurs exauctorés* »²⁸⁹⁶. Une telle sanction, par sa nature et son symbolisme, paraissait pleinement remplir cette mission que devait impartir, bien plus tard au corps judiciaire, le Procureur général Dupin dans ses conclusions déjà citées sur l'arrêt « *Baudouin* ». Reste qu'une telle dureté, n'est sans doute pas totalement étrangère à la réticence que nourrissent aujourd'hui nombre de magistrats, vis-à-vis d'une discipline interne.

2°) Une fonction actuelle, complémentaire de la discipline étatique

674. Depuis la chute de l'Ancien Régime, le régime disciplinaire applicable aux magistrats a profondément évolué, donnant désormais la vision d'un système fortement réglementé et centralisé. A l'institutionnalisation d'un régime disciplinaire encore diffus au XIX^e siècle, a succédé une centralisation de celui-ci sous la III^e République, puis son autonomisation progressive à partir de la IV^e République. Une discipline interne aussi élaborée que celle qui a pu prospérer jusqu'en 1789, n'aurait donc plus de raison d'être dans ce nouveau contexte. Pour autant, le principe d'une telle discipline paraît conserver tout son intérêt, dès lors qu'il vient s'inscrire dans une relation de complémentarité avec le dispositif disciplinaire actuel, entièrement construit autour du Conseil supérieur de la magistrature. Cette dernière institution n'est en effet pas en mesure, du fait de son unicité, de sa taille, de son extériorité à l'ordre judiciaire et de son éloignement vis-à-vis des juridictions, d'exercer un rôle pleinement satisfaisant en matière disciplinaire. Ceci explique que sous la V^e République, le législateur organique ait pris soin de confier tour à tour aux chefs de cour, le pouvoir de donner des avertissements aux magistrats placés

²⁸⁹⁵ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 181.

²⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 181.

sous son autorité, et celui de saisir, concurremment au garde des Sceaux, la formation disciplinaire compétente du Conseil supérieur de la magistrature²⁸⁹⁷. Or, si cette évolution de l'état du droit ne va pas sans soulever certaines critiques quant à un potentiel risque d'arbitraire du chef de cour, elle n'en présente pas moins l'avantage de participer d'une logique de prévention, de nature à conforter l'inamovibilité.

675. Les travaux consacrés au rôle des chefs de juridiction font, en France, traditionnellement peser sur ceux-ci un soupçon d'arbitraire. Parce qu'ils cumulent avec leurs attributions juridictionnelles, des fonctions administratives d'ordre hiérarchique, ils sont plus précisément suspectés de vouloir, sinon de pouvoir attenter à l'indépendance et à l'impartialité des magistrats qui relèvent de leur champ de compétence. C'est ainsi qu'à l'occasion d'une allocution prononcée en 2003, sur le thème du *Contrôle interne*, l'Avocat général à la Cour de cassation, Dominique Commaret, avait pu critiquer le pouvoir reconnu aux chefs de juridiction de procéder à une répartition des magistrats entre les différents services. Il affirmait alors que ce pouvoir, qui : *« s'exerce notamment, vis-à-vis des juges du siège...peut incontestablement menacer l'indépendance d'un juge, sans que celui-ci ne dispose du moindre recours contre une décision arbitraire de mise à l'écart, d'autant que le président peut siéger à tout moment dans n'importe quelle chambre au lieu et place d'un de ses magistrats, quand il le juge convenable »*²⁸⁹⁸. De même, lors de son audition par la Commission d'enquête parlementaire établie suite à l'affaire d'« *Outreau* », en 2006, le Président de la conférence nationale des premiers présidents de cour d'appel, Michel Jeannoutot, avait fait état de réticences soulevées par sa proposition de tutorat en faveur des jeunes magistrats. Le Haut magistrat précisait alors : *« J'ai évoqué cette idée devant des juges des enfants dont une m'a répondu : « Oui, nous avons des situations de souffrance et nous aurions besoin d'un référent, mais comment le choisir ? Il y a bien le Premier président ou les vice-présidents, mais ils ont un pouvoir hiérarchique d'évaluation, qui s'accommode mal de ce besoin d'accompagnement en cas de difficultés »*²⁸⁹⁹. Cette crainte n'est malheureusement pas sans entraîner des incidences négatives sur l'exercice de leur compétence disciplinaire, par les chefs de cour. Comme l'a ainsi souligné le Conseil supérieur de la magistrature, dans son rapport annuel de 2007, il n'est en effet pas rare que, à la lecture de dossiers individuels de nomination ou à l'occasion de visites

²⁸⁹⁷ Articles 44 et 50-2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut des magistrats.

²⁸⁹⁸ D. Commaret, *Le contrôle interne...*, *op. cit.*, www.courdecassation.fr.

²⁸⁹⁹ M. Jeannoutot, Audition du 5 avril 2006, in A. Vallini (président), P. Houillon (rapporteur), rapport n° 3125..., *op. cit.*, p. 358.

de cours d'appel, il constate des situations qui « *auraient pu recevoir une qualification disciplinaire* », mais qui n'ont cependant « *débouché sur aucune saisine de l'instance disciplinaire* »²⁹⁰⁰. D'après le Conseil, cette inaction tient à ce que les chefs de cour : « *considèrent qu'il leur est très difficile de prendre l'initiative d'une poursuite qui sera nécessairement connue au niveau local et qui, en cas d'échec, constituerait un désaveu de nature à atteindre leur autorité* »²⁹⁰¹.

L'étrangeté de cette situation, réside dans l'absence de prise en compte de la qualité initiale du chef de juridiction. En effet, si ce dernier exerce des fonctions administratives d'ordre hiérarchiques, il n'en reste pas moins un magistrat du siège de l'ordre judiciaire, en principe recruté sur concours, formé au sein de l'Ecole nationale de la magistrature, inamovible, et au demeurant, nommé sur « *proposition* » du Conseil supérieur de la magistrature conformément à l'article 65 alinéa 4 de la Constitution. C'est pourquoi, sauf à admettre que chefs de juridictions ne bénéficient pas en France, d'un statut garantissant leur indépendance, il est possible d'être troublé par cette évocation d'un « *danger (qui n'aurait) guère d'autre prévention que celle du choix particulièrement sélectif des candidats aux fonctions de direction d'une juridiction* »²⁹⁰². Reconnaître le bien fondé d'une telle crainte apparaît d'autant plus gênant, que celle-ci ne connaît semble-t-il pas d'équivalent au sein des autres ordres de juridiction. Il en va notamment ainsi, paradoxalement, du Conseil d'Etat, dont le Conseiller d'Etat Chabanol a pu affirmer avec force, la même année : « *que ce monde – dont la moitié provient d'un mode de nomination discrétionnaire, au tour extérieur – vit et fonctionne dans la plus totale indépendance, et que s'y expriment les opinions et votes que commande la conviction ou la conscience de chacun, sans qu'à aucun moment ne plane sur le délibéré la menace de déplaire* »²⁹⁰³. Il convient d'ailleurs de noter à cet égard, que le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 26 mai 2010, « *M. François E.* », a lui-même entendu rappeler que la compétence de gestion attribuée au vice-président du Conseil d'Etat, en sa qualité de président du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, constituait une « *garantie d'indépendance* » pour les membres de ce dernier corps²⁹⁰⁴. Au-delà, et au risque de la répétition, il ne paraît

²⁹⁰⁰ CSM, rapport annuel d'activité 2007, *op. cit.*, p. 41.

²⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 42.

²⁹⁰² D. Commaret, *Le contrôle interne...*, *op. cit.*, www.courdecassation.fr.

²⁹⁰³ D. Chabanol, *Le statut des magistrats administratifs*, in L. Cadiet, L. Richer (dir.), *Réforme de la justice...*, *op. cit.*, p. 279.

²⁹⁰⁴ CE, arrêt du Conseil d'Etat du 26 mai 2010, « *M. François E.* », Req. n° 309503. Voir également, à propos de l'indépendance assurée par le vice-président aux membres du corps du Conseil d'Etat : cf. Partie II, titre I, chapitre 2 de la thèse.

pas inopportun de rappeler le regard comparatif que portait, également en 2003, le Professeur Lajoie vis-à-vis du climat de défiance prospérant au sein de l'ordre judiciaire français. Intervenant en amont de l'Avocat général Commaret, l'Universitaire canadien avait alors déclaré : « *la culture judiciaire dans laquelle je baigne est si différente que l'on y imagine mal que ce pouvoir (d'affectation) soit codifié dans des règles spécifiques et ne relève pas de la discrétion du juge-en-chef d'une juridiction : je dois donc avouer mon ignorance à ce sujet, qui suscite d'autant plus d'intérêt de ma part pour vos interventions sur ce thème. Pourtant, rassurez-vous, cette discrétion d'affectation à laquelle je me réfère, comme celle qui caractérise l'ensemble des pouvoirs du juge-en-chef, doit s'exercer en tout respect du droit des justiciables d'être jugés par un tribunal indépendant et impartial, prévu par la Charte canadienne des droits et libertés* »²⁹⁰⁵.

676. Malgré la suspicion traditionnelle que soulève le rôle du chef de juridiction dans l'ordre judiciaire hexagonal, certains travaux n'ont cependant pas manqué de souligner ses aspects positifs, tenant à la promotion de la déontologie et à la prévention des fautes disciplinaires. Guy Canivet et Julie Joly-Hurard ont ainsi pu relever que : « *L'extension du pouvoir de saisine aux chefs de cour (, par la loi organique du 25 juin 2001,) ne s'explique pas uniquement par la volonté de dépolitiser la décision d'engager ou de ne pas engager de poursuites...Elle se justifie aussi, et surtout, par la position privilégiée que ces hauts magistrats occupent auprès des membres de leur juridiction et de ceux des autres tribunaux relevant de leur ressort* ». Et les deux auteurs d'ajouter : « *supérieurs hiérarchiques de ces magistrats, ils sont chargés d'évaluer régulièrement leur activité professionnelle et restent leurs interlocuteurs privilégiés en cas de difficultés* »²⁹⁰⁶. De la même façon, s'agissant du pouvoir de donner des avertissements, dont il convient de rappeler qu'ils ne constituent pas des sanctions disciplinaires, le Conseil supérieur de la magistrature avait pu déplorer en 2000 : « *qu'il soit exceptionnel qu'un magistrat dont l'activité professionnelle déficiente donne lieu à l'exercice de poursuites disciplinaires(,) ait préalablement fait l'objet d'un avertissement par son chef de cour(,) alors qu'une telle mesure aurait pu conduire un certain nombre de ces magistrats à améliorer leur comportement professionnel quand il était encore temps* »²⁹⁰⁷. Ces constats permettent de comprendre la proposition émise par la Commission dite « Cabannes », dans son rapport final de 2005, d'« *affirmer le rôle*

²⁹⁰⁵ A. Lajoie, *Le contrôle interne...*, *op. cit.*, www.courdecassation.fr.

²⁹⁰⁶ G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La déontologie...*, *op. cit.*, 2e éd., 2009, p. 23.

²⁹⁰⁷ CSM, rapport annuel d'activité 2000, *op. cit.*, pp. 102-103, in Cour de cassation, *Les pouvoirs disciplinaires des premiers présidents des cours d'appel*, Bulletin d'information n° 627, 15 octobre 2005, www.courdecassation.fr.

fondamental des chefs de cour et de juridiction...dans la prévention et le traitement des manquements » déontologiques²⁹⁰⁸. Ils expliquent également l'avis favorable donné par le Conseil supérieur de la magistrature à cette proposition, dans son avis de la même année, celui-ci ayant d'ailleurs, à cette occasion, rappelé que les chefs de cour disposaient déjà : « *de pouvoirs leur permettant chaque fois qu'ils le jugent nécessaire de mettre en œuvre tous les éléments d'une « veille déontologique » (entretiens réguliers avec le magistrat concerné, fixation d'objectifs, délivrance d'un avertissement, et engagement d'une procédure disciplinaire)* »²⁹⁰⁹.

A ce stade de la réflexion, il appartient sans doute de signaler que l'intervention d'autorités alternatives au chef de cour, pourrait être envisagée afin de promouvoir une discipline interne, complémentaire de la discipline étatique et tournée vers la déontologie. Des suggestions ont effectivement pu être formulées en ce sens, en faveur d'une revitalisation des assemblées générales de juridiction²⁹¹⁰. Mais comme a pu le noter le Professeur Morissette en 2003, beaucoup d'autres formes pourraient au final être imaginées, revêtant y compris des aspects plus informels. Selon lui : « *la règle déontologique devrait pouvoir acquérir une portée concrète au moyen d'un conseil des pairs, ...d'un avertissement ou de l'expression d'une « préoccupation » qui alertera l'intéressé aux risques inhérents de son comportement sans revêtir le caractère d'une sanction. Alors, attendre du juge qu'il se montre sensible à l'avis de ses pairs, eux-mêmes juges, et qu'il agisse en respectant la collégialité, n'est pas une entorse à l'indépendance judiciaire* »²⁹¹¹. Reste, que la capacité des pairs à prodiguer des conseils de qualité, repose dans une large mesure sur la richesse de l'expérience accumulée dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, laquelle passe invariablement par l'exigence d'une certaine stabilité dans ces dernières.

²⁹⁰⁸ J. Cabannes, Rapport final..., *op. cit.*, p. 23.

²⁹⁰⁹ CSM, Avis sur les propositions du rapport final..., *op. cit.*, p. 4.

²⁹¹⁰ G. Delaloy, *Le pouvoir judiciaire*, *op. cit.*, p. 55. Voir également de manière incidente, dès 1970 : V. Silvera, *A propos des assemblées générales de juridictions*, La Revue administrative, n° 136, juillet-août, 1970, p. 457.

²⁹¹¹ Y.-M. Morissette, *op. cit.*, p. 317.

SECTION 2 . Une exigence de stabilité dans l'exercice des fonctions juridictionnelles

677. Si l'inamovibilité est traditionnellement perçue en droit français, comme ne préjugant pas du mérite du magistrat qui en bénéficie, il en va en revanche inversement quant à la durée de ses fonctions. C'est d'ailleurs avec un certain effroi, il faut le rappeler, que cette garantie reste trop souvent associée, à leur exercice à vie. Le tableau que George Orwell dressait du juge inamovible, dans son essai *England Your England* de 1941, n'est sans doute pas si éloigné de l'imaginaire hexagonal de ce début de XXI^e siècle. L'auteur y dépeignait alors : « *Le juge impitoyable – ce diable de vieil homme en robe écarlate et en perruque faite de crins de cheval, à qui aucun chantage à la dynamite n'apprendra jamais dans quel siècle il vit...* »²⁹¹². Il est pourtant possible de souligner en France, à la décharge de l'inamovibilité, une propension actuelle du Pouvoir politique à vouloir prolonger des hauts magistrats et assimilés dans des fonctions de nature juridictionnelle, au-delà de l'âge légal de la retraite. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel compte aujourd'hui, dans les personnes de Renaud Denoix de Saint-Marc, Guy Canivet et Claire Bazy-Malaurie, un ancien vice-président du Conseil d'Etat, un ancien premier-président de la Cour de cassation, et une ancienne présidente de chambre de la Cour des comptes, un temps pressentie pour présider cette dernière juridiction. Or, nommés à respectivement soixante-huit, soixante-trois et soixante-et-un ans²⁹¹³, ils devraient *a priori* quitter le Conseil constitutionnel²⁹¹⁴ entre cinq et dix ans après l'âge normal d'accès à la retraite, au sein de leur corps d'origine²⁹¹⁵.

²⁹¹² « *The hanging judge – that evil old man in scarlet robe and horsehair wig, whom nothing short of dynamite will ever teach what century he is living in...* ». Cité in H. Cecil, *op. cit.*, p. 1.

²⁹¹³ Admis à faire valoir ses droits à la retraite le 24 septembre 2006 à l'âge de 68 ans, l'ancien Vice-président du Conseil constitutionnel Renaud Denoix de Saint-Marc a été nommé au Conseil constitutionnel, le 23 février 2007. L'ancien Premier président de la Cour de cassation Guy Canivet, a été nommé au Conseil constitutionnel le 23 février 2007, alors qu'il était encore en fonctions, à l'âge de 63 ans. L'ancienne Présidente de chambre à la Cour des comptes Claire Bazy-Malaurie, a été nommée au Conseil constitutionnel le 1^{er} août 2010, alors qu'elle était également toujours en fonctions, à l'âge de 61 ans.

²⁹¹⁴ La durée du mandat des membres du Conseil constitutionnel est fixé à neuf ans (article 56 alinéa 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958). Néanmoins, lorsqu'une personne est désignée en remplacement d'un membre dont les fonctions ont pris fin avant leur terme normal, et qu'elle a occupé ces fonctions de remplacement pendant moins de trois ans, cette personne peut ensuite être nommée pour un mandat intégral de neuf ans (article 12 de l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958). Madame Bazy-Malaurie se trouve dans cette situation puisque, désignée suite au décès de Jean-Louis Pezant, ses fonctions auront duré deux ans et demi lors de l'expiration du mandat de son prédécesseur. Elle pourrait donc faire l'objet d'une nouvelle nomination, susceptible de porter à onze ans et demi sa durée d'occupation des fonctions de membre du Conseil constitutionnel.

²⁹¹⁵ Pourtant, cet âge se révèle déjà élevé. C'est ainsi que l'âge légal de départ à la retraite se situe, depuis l'intervention de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, à 67 ans pour

Les critiques émises contre une inamovibilité, à laquelle il serait reproché d'assurer le maintien du magistrat pendant une trop longue durée, peuvent sembler d'autant plus paradoxales, que cette stabilité se révèle de l'essence même de cette qualité. L'exigence de mérite apparaîtrait en effet insuffisante pour désigner le « magistrat », si elle ne s'inscrivait également dans la durée. Ainsi que l'expliquait Charles-Guillaume Hello, dans son article de 1848 consacré à la défense de l'inamovibilité : « *Les emplois publics peuvent, en général, n'être qu'un accident dans la vie ; un esprit droit et éclairé suffit à leurs devoirs ordinaires ; il est toujours prêt, ou peu s'en faut ; et dans tous les cas, son apprentissage se fait promptement. Il sort pour les remplir de la condition privée ; eux remplis, il y rentre pour les reprendre de nouveau, et son aptitude n'en souffre pas sensiblement. Mais il n'en est pas ainsi de la magistrature ; c'est plus qu'une fonction, c'est un état ; c'est plus qu'un état, c'est un sacerdoce ; elle demande autre-chose que les qualités ordinaires du cœur et de l'esprit, elle veut une vocation* ». Le Conseiller à la Cour de cassation, en tirait alors la conséquence suivante : « *Le magistrat doit à sa fonction plus que les instants précis de son exercice ; il lui doit sa vie entière* »²⁹¹⁶. Si les propos de l'auteur peuvent aujourd'hui sembler un peu dépassés, dans la mesure où ils minimisent la distinction entre les fonctions publiques et privées, l'évolution qu'a connue le droit de la fonction publique depuis un siècle et demi, n'a cessé d'en conforter l'intérêt.

678. Ce qui est aujourd'hui attendu de la majorité des agents publics, c'est une capacité à respecter un devoir de neutralité dans l'exercice de ses fonctions. La fonction publique apparaît alors comme un métier à part, qui implique, dans un souci de protection, un maintien et une pratique continue au service de l'Etat. Comme l'écrivait le Conseiller d'Etat Roger Grégoire en 1954 : « *la notion de carrière est*

les membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes (article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984), ainsi que pour les magistrats de l'ordre judiciaire (article 76-1 du Statut organique). Cet âge est relevée à 68 ans pour le vice-président du Conseil d'Etat et le premier président de la Cour des comptes (article 1^{er} alinéa 2 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984), ainsi que pour le premier président de la Cour de cassation (article 76 alinéa 2 du Statut organique). Au-delà, les textes prévoient plusieurs exceptions. C'est ainsi que les membres du Conseil d'Etat et les magistrats de la Cour des comptes peuvent, sur leur demande, être maintenus en activité, en surnombre, jusqu'à 68 ans pour exercer respectivement les fonctions de conseiller d'Etat ou de conseiller maître à la Cour des comptes (article 1^{er} de la loi n° 86-1304 du 23 décembre 1986). De même, les magistrats hors hiérarchie du siège de la Cour de cassation peuvent, sur leur demande, être maintenus en activité en surnombre de l'effectif de la Cour jusqu'à l'âge de soixante-huit ans, pour exercer les fonctions de conseiller à la Cour de cassation (article 76-1-1 du Statut organique). Enfin, les magistrats du siège des cours d'appel et des tribunaux de grande instance peuvent, sur leur demande, être maintenus en activité jusqu'à l'âge de soixante-huit ans pour exercer les fonctions de conseiller ou de juge (article 76-1-1 alinéa 2 du Statut organique).

²⁹¹⁶ C.-G. Hello, *De l'inamovibilité des juges dans ses rapports avec le gouvernement républicain*, Revue de législation et de jurisprudence, mai-août 1848, pp. 26-27.

alors essentielle »²⁹¹⁷. Mais si à l’instar des autres fonctionnaires, les magistrats français bénéficient du système de carrière, force est de rappeler que le service de la justice requiert une qualité spécifique, qui est celle de l’impartialité. C’est alors au tour de la notion d’inamovibilité, de revêtir un caractère essentiel. Si cette garantie antérieure au système de carrière, a comme lui pour effet d’inscrire l’agent dans le service de l’Etat, elle s’en distingue néanmoins, par sa vocation particulière à cantonner le magistrat dans le service de la justice. En d’autres termes, l’inamovibilité postule l’idée d’une certaine stabilité dans la magistrature (§ 1), voire plus précisément dans le siège (§ 2).

§ 1. L’inamovibilité et l’exigence de stabilité dans la magistrature

679. La ténuité du lien qui unit l’inamovibilité et la stabilité dans la magistrature pourrait, semble-t-il, être toute entière résumée dans une opinion formulée en 1970, par Lord Hailsham. Interrogé par le Parlement britannique après qu’un juge de la *High Court* ait, fait exceptionnel, volontairement choisi de démissionner du siège qu’il occupait depuis seulement deux ans, le *Lord Chancellor* s’ouvrit sur ses méthodes de recrutement. Lorsqu’il recevait en entretien les candidats à la magistrature, il avait pris l’habitude de dire à ces derniers qu’il regardait : « *leur inamovibilité par le Parlement comme une raison de concevoir leur carrière comme permanente, et qu’ils devraient aborder la magistrature avec l’enthousiasme du fiancé abordant le mariage, ou du novice abordant la prêtrise* »²⁹¹⁸. Ces propos sont particulièrement intéressants, dans la mesure où ils révèlent cette sorte de sacralité qui entoure l’institution de la magistrature, à l’instar du mariage et de la prêtrise. Ils font plus précisément reposer sa solidité, sur un échange de vœux entre l’Etat et le candidat à la magistrature, avec l’inamovibilité pour témoignage. Alors que le premier accorde cette garantie de maintien au second, celui-ci s’engage implicitement en retour, à faire preuve de stabilité dans ses fonctions. Cette spécificité au sein de la fonction publique peut notamment s’expliquer par cette idée déjà évoquée²⁹¹⁹, suivant laquelle le magistrat, même assimilé à un fonctionnaire en raison du système carrière, n’en reste pas moins

²⁹¹⁷ R. Grégoire, *La fonction publique*, A. Colin, Sciences politiques, Paris, 1954, p. 119.

²⁹¹⁸ “*their irremovability by Parliament as one reason for treating the career as a permanent one and that they should approach the bench with the enthusiasm of bridegroom approaching marriage, of a priest approaching priesthood*”. Voir : 312 House of Lords Debates, 1314 (19 novembre 1970). Cité in S. Shetreet, *Judges on trial...*, op. cit., p. 105.

²⁹¹⁹ Cf. Introduction générale et Introduction du titre II de la partie II de la thèse.

considéré comme un « tiers », par rapport à l'administration active chargée de mettre en œuvre la politique du gouvernement sous son autorité. Parce que le magistrat remplit cette mission qu'est la justice, il est à la fois partie intégrante de l'Etat, et un élément extérieur à ses composantes actives. La permanence qui est en conséquence attendue du magistrat, semble se traduire concrètement, à la fois par un impératif de carrière dans la magistrature (A), et une obligation de consécration à cette dernière (B).

A . L'exigence de carrière dans la magistrature

680. La préoccupation de voir les magistrats inamovibles accomplir l'intégralité de leur carrière dans l'ordre judiciaire, paraît notamment résulter du degré de consécration du lien juridique entre cette exigence de durée et le bénéfice de cette garantie (1°). La ténuité de ce lien conduit en contrepartie, à s'interroger sur la problématique de la mobilité externe des magistrats (2°).

1°) La centralité de la carrière dans la magistrature

681. Dans le droit positif français, la reconnaissance expresse de l'inamovibilité au plus haut niveau de la hiérarchie de normes, est uniquement garantie aux magistrats du siège de l'ordre judiciaire. Les articles 64 *in fine* de la Constitution et 4 du Statut organique de la magistrature, visent en effet les seuls juges appartenant au corps judiciaire, lequel corps regroupe : « *les magistrats de carrière qui (ont vocation à consacrer) l'intégralité de leur vie professionnelle à l'exercice de leurs fonctions (juridictionnelles)* »²⁹²⁰. Ce souci d'assurer une place particulière à l'inamovibilité des juges de cette catégorie, dont les membres forment à proprement parler le « noyau dur » des « gens de justice », n'est d'ailleurs pas spécifique à la France. La réalisation d'une étude comparative permettrait assez certainement d'aboutir au même constat. Reste que l'examen du système hexagonal paraît déjà apporter un éclairage sur les raisons de ce lien. L'affirmation d'un rôle imparti à l'inamovibilité, plus fort que pour les autres juges, semble guidée par une volonté de rassurer les magistrats du siège face à la situation de vulnérabilité dans laquelle les place leur vocation à consacrer toute leur vie professionnelle à l'institution judiciaire. Dans le prolongement de cette première idée, elle apparaît un moyen de garantir le traitement des litiges touchant au cœur des fonctions judiciaires, par des personnes qui font de l'exercice de la justice leur profession unique et définitive, et qui sont supposées réunir les plus hautes qualités en ce sens.

²⁹²⁰ G. Drago, *Le corps judiciaire. Essai de définition à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in Mélanges André Decocq, *Une certaine idée du droit*, Litec, Paris, 2004, p. 198.

Dans son étude de 1998 consacrée à *La mobilité extra-professionnelle des magistrats*, Anne Boigeol avait pris soin de mettre en exergue les propos tenus par un magistrat qui, interrogé, qualifiait la magistrature d'« *institution de tradition cléricale* ». Pour ce membre du corps judiciaire, en effet : « *On est appelé. On se drape dans le grand châle noir de sa mère dans la salle de bain ; ensuite on rentre dans une sorte de grand séminaire qu'est l'Ecole nationale de la magistrature ; on met une soutane que les curés ne portent plus. Puis on gravit une espèce de hiérarchie qui ressemble beaucoup à une hiérarchie ecclésiastique et puis, si on a de la chance, on termine évêque, voire archevêque* »²⁹²¹. Ce regard porté sur les magistrats de carrière, pour excessif et caricatural qu'il puisse paraître au premier abord, n'en a pas moins le mérite de souligner une réalité exacerbée au sein de ce corps. Pour une large majorité, les membres de celui-ci conçoivent traditionnellement leur engagement au service de la justice judiciaire sur le long terme, et n'envisagent pas *a priori*, du moins comme un événement probable, la possibilité de quitter la carrière judiciaire au profit d'une autre activité professionnelle. Ce faisant, ils se trouvent fragilisés dans leur indépendance, étant donné que cet état d'esprit les rend plus vulnérables aux pressions qui prennent la forme d'une menace d'éviction. Le bénéfice de l'inamovibilité revêt alors une importance particulière, puisque, en sa qualité de garantie exorbitante contre les évictions arbitraires, celle-ci va conforter le magistrat concerné dans sa vocation à accomplir toute sa carrière au sein de l'ordre judiciaire. Cette idée, ancienne, a été résumée avec beaucoup de clarté par le Premier avocat général Berville, dans un discours prononcé à la cour d'appel de Paris, le 5 novembre 1849. Après s'être interrogé auprès de son auditoire, sur la signification de « *l'inamovibilité judiciaire* », ce haut représentant du ministère public avait alors suggéré la réponse suivante : « *C'est, pour l'homme digne de...devenir (juge), une invitation à ne pas se détourner d'une carrière qui ne promet ni la célérité ni la fortune, mais qui donne, avec la considération, la sécurité et l'assurance de l'avenir* »²⁹²².

La fonction ici dévolue à l'inamovibilité n'est précisément pas comparable à celle reconnue pour d'autres « *gens de justice* », qui, bien que susceptibles de bénéficier d'une telle garantie de droit ou de fait, regardent l'institution juridictionnelle comme un simple « *lieu de passage* »²⁹²³ dans le cours de leur vie professionnelle. Il en va notamment ainsi, à propos des juges-professionnels de

²⁹²¹ A. Boigeol (IHTP/CNRS), *La magistrature « hors les murs »*. Analyse de la mobilité extra-professionnelle des magistrats, La documentation française, Paris, 1998, p. 15.

²⁹²² Berville, Discours prononcé à la Cour d'appel de Paris le 5 novembre 1849, Gazette des tribunaux, 6 novembre 1849.

²⁹²³ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, op. cit., 14^e éd., 2010, p. 324.

l'ordre judiciaire. Si ces derniers peuvent, il est vrai, parfois occuper des fonctions pendant une durée non négligeable à raison d'un ou plusieurs renouvellement(s) de leur mandat, leur participation à l'exercice de la justice reste par essence temporaire. Elle marque seulement une étape dans le déroulement de leur vie active. Les fonctions judiciaires ne sont d'ailleurs pas, le plus souvent, synonymes d'une parenthèse dans l'accomplissement d'un parcours professionnel principal, dans la mesure où elles autorisent, pour la plupart des catégories de juges non-professionnels, l'exercice concomitant d'une autre activité. Il s'agit là d'une dérogation importante par rapport aux règles applicables aux magistrats de carrière, qu'il conviendra d'approfondir à l'occasion de développements consacrés à l'examen des incompatibilités. Parce qu'il se sait tenu par un lien seulement temporaire, et parfois subsidiaire aux fonctions judiciaires, le juge non-professionnel bénéficie dès lors d'une garantie d'indépendance non négligeable vis-à-vis des pressions qui pourraient être exercées à son encontre, quant à son maintien dans celles-ci. Un constat analogue est sans doute susceptible d'être opéré, de manière plus indirecte, à l'égard de certains autres corps de « magistrats », au premier rang desquels celui du Conseil d'Etat. Imprégnés depuis l'origine de l'institution, d'une forte culture de la mobilité, ses membres ont rapidement pris conscience de leur capacité à évoluer avec succès, aussi bien au sein qu'en dehors de leur corps. Or, une telle approche n'est pas sans avoir une incidence positive sur leur indépendance. C'est ainsi qu'après sa révocation intervenue le 1^{er} août 1852, dans le contexte de l'affaire des « biens de la famille d'Orléans », le Maître des requêtes Reverchon fut favorablement accueilli dans l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Et s'il devait se défaire en 1859, de la charge qu'il avait acquise, ce fut avant tout pour des raisons de santé²⁹²⁴. De même, après avoir été révoqué le 12 novembre 1960 de ses fonctions de maître des requêtes, pour avoir désapprouvé la conduite par de la « politique algérienne », André Jacomet fut recruté en tant que directeur à la Compagnie Pechiney, avant de devenir président d'une filiale de cette dernière, Howmet Corporation²⁹²⁵.

682. Cette idée d'une inamovibilité qui présenterait une valeur ajoutée, au-delà de son acception strictement statutaire, dans le souci de protéger en priorité ceux des juges qui entendent consacrer toute leur carrière à l'institution judiciaire, paraît trouver une confirmation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. L'Hôte de la rue de Montpensier a effectivement été conduit à se prononcer à plusieurs reprises, à partir du début des années 1990, sur la constitutionnalité de dispositifs législatifs

²⁹²⁴ J. Bauchet, *Biographie d'Emile Reverchon*, in L. Fougères (dir.), *Le Conseil d'Etat...*, *op. cit.*, p. 522.

²⁹²⁵ D. Gjildara, *La fonction administrative...*, *op. cit.*, p. 409.

destinés à confier l'exercice de fonctions normalement imparties aux membres du corps judiciaire, à des personnes recrutées à titre temporaire. Or, opérant ce contrôle par rapport à l'article 64 de la Constitution, lui-même apprécié dans ses relations avec les articles 65 et 66 du même texte, le Conseil constitutionnel a pu juger dès 1992, que : « *si (ces) fonctions...doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire, la Constitution ne fait pas obstacle à ce que, pour une part limitée, des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser la carrière judiciaire, à condition que, dans cette hypothèse, des garanties appropriées permettent de satisfaire au principe d'indépendance, indissociable de l'exercice des fonctions judiciaires* ». Et le Conseil d'ajouter immédiatement à la suite : « *qu'il importe à cette fin que les intéressés soient soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats sous la seule réserve des dispositions spécifiques qu'impose l'exercice à titre temporaire des fonctions* »²⁹²⁶. Dix ans plus tard, en 2002, le Conseil constitutionnel est de nouveau venu affiner sa jurisprudence en la matière. A la première exigence énoncée, tenant à l'édiction de garanties appropriées d'indépendance, il a pris soin d'en requérir une seconde, relative à l'adoption de garanties tout aussi appropriées, pour : « *satisfaire...aux exigences de capacité, qui découlent de l'article 6 de la Déclaration de 1789* »²⁹²⁷.

De manière incidente, le Conseil souligne bien ici le fait que les garanties d'indépendance attribuées par les articles 64 et 65 de la Constitution, aux magistrats de l'ordre judiciaire, le sont d'abord à raison de leur vocation à consacrer toute leur vie professionnelle à l'institution de justice. Ces garanties, au rang desquelles l'inamovibilité, constituent prioritairement celles des membres du corps judiciaire qui, par leur mode de recrutement, par l'expérience qu'ils acquièrent progressivement, et par la formation professionnelle dont ils bénéficient, possèdent

²⁹²⁶ CC, décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, « *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature* », cons. 64. ; CC, décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, « *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature* », cons. 8 ; CC, décision n° 98-396 DC du 19 février 1998, « *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire* », cons. 17 ; CC, décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, « *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature* », cons. 41.

²⁹²⁷ CC, décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, « *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* », cons. 15 ; CC, décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, « *Loi organique relative aux juges de proximité* », cons. 4. ; CC, décision n° 2004-510 DC du 20 février 2005, « *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance* », cons. 17 ; CC, décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, « *Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs* », cons. 10.

en théorie les plus hautes qualités requises pour l'exercice des fonctions juridictionnelles. C'est seulement par extension, pour les besoins de la distribution d'une justice impartiale, qu'elles bénéficient également aux personnes recrutées pour accomplir des missions normalement imparties aux magistrats de carrière. Cette interprétation de la Constitution paraît d'ailleurs se traduire, pour les magistrats temporaires, par l'accès à une inamovibilité qui privilégie l'intérêt des fonctions exercées sur l'intérêt personnel des magistrats. En effet, s'agissant plus spécifiquement des juges de proximité institués par la loi organique du 26 février 2003, ceux-ci bénéficient des garanties de résidence et juridictionnelle de l'inamovibilité. Ils ne peuvent ainsi, au terme de l'article 41-20 alinéa 3 du Statut organique de la magistrature : « *pas être mutés sans leur consentement* ». De même, l'article 41-23 du Statut confie l'exercice du pouvoir disciplinaire à leur égard, à la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente vis-à-vis des magistrats du siège. Cependant, tandis que le Conseil supérieur intervient dans ces deux cas, soit en qualité d'organe consultatif, soit en tant que juridiction disciplinaire, l'article 41-20 prévoit que les juges de proximité ne peuvent être « *ni membres* » de cette institution, « *ni participer à la désignation* » de ces derniers. Les intéressés se voient donc refuser le bénéfice d'un « jugement » par les pairs, au profit d'une formation qui leur préfère des magistrats de carrière, il est vrai plus conscients des spécificités de la magistrature et de la fonction juridictionnelle.

2°) La problématique de la mobilité externe des magistrats

683. Si l'inamovibilité des magistrats du siège, par son affirmation dans la Constitution, paraît privilégier ceux des juges qui ont vocation à consacrer leur carrière à l'institution judiciaire, un tel objectif peut néanmoins se trouver annihilé à défaut d'être respecté dans le droit et la pratique. Comme le souligne en effet, à cet égard, le Professeur Drago : « *l'existence du corps judiciaire suppose de consacrer l'intégralité de son activité à la fonction de magistrat, avec sa grandeur et ses servitudes. On ne peut pas être un magistrat à éclipses* »²⁹²⁸. Pourtant, si la « *culture professionnelle du juge est d'abord fondée sur une réserve à l'égard du monde* »²⁹²⁹, force est de constater qu'elle n'est plus aujourd'hui hermétique à l'essor d'une mobilité extra-professionnelle des membres du corps judiciaire. Ces derniers sont de plus en plus conduits, à l'instar d'autres corps de la fonction publique, à : « *quitter provisoirement leur territoire spécifique – les juridictions de l'ordre judiciaire –*

²⁹²⁸ G. Drago, *Le corps judiciaire. Essai de définition à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Editions du Juris-Classeur, p. 198.

²⁹²⁹ A. Boigeol, *Les magistrats « hors les murs »*, Droit et Société, n° 44-45, 2000, p. 227.

pour aller exercer, pendant une durée déterminée, une activité différente »²⁹³⁰. Ce phénomène résulte pour partie de l'édiction par le législateur organique, d'une gradation de positions facilitant l'exercice d'une telle mobilité. L'article 67 du Statut de la magistrature vise ainsi la mise « *en service détaché* »²⁹³¹ et la mise « *en disponibilité* »²⁹³², auxquelles il convient d'ajouter, en application du même article et de l'article suivant, la mise à disposition²⁹³³.

Or, il semble qu'une telle mobilité puisse se révéler dommageable pour l'institution judiciaire et l'inamovibilité, dès lors qu'elle se traduit par une érosion du corps judiciaire, ou conduit à placer le magistrat dans une situation de dépendance. Mais à l'inverse, elle paraît constituer un apport positif à partir du moment où elle s'inscrit dans une démarche fonctionnelle.

684. La mobilité extra-professionnelle des magistrats peut de prime abord se révéler un handicap, à la fois pour le respect de l'inamovibilité de résidence et la distribution d'une justice de qualité, si elle entraîne une situation de sous-effectif dans la magistrature en activité. A cet égard, les données du ministère de la justice²⁹³⁴ faisaient état, au 1^{er} janvier 2011, de 7 837 magistrats en juridiction et de 290 magistrats en administration centrale, sur un total de 8 560 magistrats pour l'ensemble du corps judiciaire. Ainsi, 433 magistrats, soit 5% des effectifs de la magistrature, n'étaient pas dans une position stricte d'activité à cette époque. Parmi eux, 70 se trouvaient mis à disposition d'une autre administration (0,8% du corps), 247 étaient en détachement (3% du corps), et 83 étaient en disponibilité (1% du corps). Ces chiffres se révèlent, il est vrai, très inférieurs à ceux qui peuvent être constatés au sein d'autres corps de « magistrats », caractérisés par une forte culture de la mobilité. Tel est d'abord le cas pour le corps du Conseil d'Etat dont le site

²⁹³⁰ A. Boigeol (IHTP/CNRS), *La magistrature « hors les murs »...*, *op. cit.*, p. 15.

²⁹³¹ Visé à l'article 67 2° du Statut organique, le détachement est défini par l'article 45 du Statut général de la fonction publique d'Etat, du 11 janvier 1984, comme : « *la position du fonctionnaire placé hors de corps d'origine mais continuant à bénéficier, dans ce corps, de ses droits à l'avancement et à la retraite* ».

²⁹³² Visée à l'article 67 3° du Statut organique, la disponibilité est définie par l'article 42 du Statut général de la fonction publique d'Etat, du 11 janvier 1984, comme : « *la position du fonctionnaire qui, placé hors de son administration ou service, cesse de bénéficier, dans cette position, de ses droits à l'avancement et à la retraite* ».

²⁹³³ Visée indirectement par l'article 67 1° et l'article 68 du Statut organique, la mise à disposition est définie par l'article 41 du Statut général de la fonction publique d'Etat, du 11 janvier 1984, comme : « *la situation du fonctionnaire qui demeure dans son corps d'origine, est réputé occuper son emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais qui exerce des fonctions hors du service où il a vocation à servir* ».

²⁹³⁴ Ministère de la justice, Etude d'impact du projet de loi organique n° 3705 relatif au statut de la magistrature, Assemblée nationale, Juillet 2008, p. 9.

Internet²⁹³⁵ révélait, au 1^{er} septembre 2011, que 130 de ses 330 membres étaient alors en service à l'extérieur. Cela représente plus de 39% de l'effectif global de ce corps. De même, les *Chiffres-clés 2008* de la Cour des comptes²⁹³⁶, les derniers à avoir été publiés sur le site de l'institution, faisaient état de 226 magistrats en service, pour un corps comptant en tout 400 unités. Les magistrats en service à l'extérieur représentaient dès lors 173 magistrats, c'est-à-dire plus de 43% de l'effectif total.

Reste que, malgré cette comparaison avec la situation des corps du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes, la mobilité de seulement 5% des membres du corps judiciaire paraît déjà occasionner, au regard des effectifs actuels, des difficultés pour assurer le bon fonctionnement des juridictions. Elle participe également, par la nécessité de développer le recours à des dispositifs palliatifs, tel que celui des magistrats « placés », au recul progressif de la règle du consentement préalable dans le cadre de la définition de l'inamovibilité de résidence. Or, le maintien inchangé des règles de droit positif pourrait se révéler problématique, si une culture de la mobilité extra-professionnelle se développait dans les années à venir, au sein de l'ordre judiciaire. L'article 70 du Statut organique prévoit en effet que : « *Le nombre total de magistrats placés en position de détachement ne peut dépasser 20% de l'effectif du corps judiciaire* ». Ceci signifie concrètement que ce corps pourrait compter jusqu'à sept fois plus de magistrats détachés qu'aujourd'hui, soit 1712, sachant que, au-delà, la mise à disposition et la disponibilité ne se trouvent pour leur part soumises à aucune limitation expresse.

685. La mobilité extra-professionnelle des magistrats paraît également pouvoir entrer en contradiction avec l'inamovibilité qui leur est accordée dans le siège, à partir du moment où cette mobilité s'effectue dans des fonctions qui les place dans une situation de dépendance vis-à-vis du Pouvoir politique. Sans doute, le législateur organique a-t-il fixé certaines garanties en ce sens. L'article 72 du Statut organique prévoit ainsi que la mise en position de détachement ou de disponibilité, est : « *prononcée par décret du Président de la République, sur proposition du ministre de la justice et après avis de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente* ». Cette première protection, qui résulte de l'intervention de l'organe indépendant qu'est le Conseil supérieur, se trouve complétée par une seconde garantie, quant à la nature du contrôle opéré par ce dernier, au moment de l'émission de son avis. Le Conseil doit, en vertu du même article, principalement veiller au respect de trois règles. Les deux premières consistent simplement à vérifier que le magistrat concerné a accompli « *quatre années de services effectifs dans le*

²⁹³⁵ Conseil d'Etat, *Effectifs des membres du Conseil d'Etat*, www.conseil-etat.fr.

²⁹³⁶ Cour des comptes, *Données chiffrées sur l'activité des juridictions financières*, www.ccomptes.fr, 2008, p. 772.

corps judiciaire depuis son entrée dans la magistrature » (article 12), et que, s'agissant d'un magistrat du siège, la règle du consentement préalable a bien été respectée (article 4). La troisième règle, ajoutée par la loi organique du 5 mars 2007, vise plus spécifiquement les mobilités tournées vers l'exercice d'une activité libérale ou d'une activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé. L'avis du Conseil supérieur va alors porter sur la « *compatibilité des fonctions envisagées par le magistrat avec les fonctions qu'il a occupées au cours des trois dernières années* ».

Mais cet ensemble de garanties, pour protecteur qu'il puisse paraître à première vue, se distingue finalement par un faible encadrement de la mobilité, tant vers des fonctions publiques, qu'en direction d'un emploi privé. Le contrôle qu'exerce le Conseil supérieur sur la compatibilité entre l'activité envisagée et les fonctions occupées, exclut non seulement les cas de mobilité dans le secteur public, mais élude plus encore la compatibilité entre l'activité privée concernée et l'appartenance même à la magistrature. Seules les fonctions exercées pendant les trois années précédentes, sont prises en considération. Pourtant, il semble qu'il n'est pas tout à fait erroné de penser que, en dépit même du respect de cette règle des trois ans et de sa possible transposition au secteur public, certaines mobilités restent difficilement compatibles avec l'appartenance même au corps judiciaire. Tel est notamment le cas des mobilités en cabinet ministériel ou dans des fonctions préfectorales. Ainsi que le soulignait à ce dernier égard, un magistrat interrogé sur ce sujet à la fin des années 1990: « *Qu'est-ce qu'il y a de plus soumis au pouvoir central ? C'est le sous-préfet ; qui a la plus grande revendication d'indépendance ? C'est la magistrature. Il y a eu des échecs splendides. Quand on est procureur on n'est pas préfet. Ce sont des fonctions antinomiques. Cela ne me serait jamais venu à l'idée d'aller faire préfet* »²⁹³⁷. Le regard ici porté est d'ailleurs d'autant plus intéressant qu'il venait opposer la situation des membres du ministère public à celle des sous-préfets, dont l'écart qui les sépare est très certainement plus faible que celui existant entre la magistrature du siège et les préfets en titre. Tel est d'ailleurs le constat qu'opérait incidemment Anne Boigeol, à la même époque, dans son étude sur *La magistrature « hors les murs »*, en soulignant que les magistrats sous-préfets étaient le plus souvent issus du parquet. Selon elle : « *Cette appartenance au Parquet les rendrait, suivant le ministère de l'Intérieur, plus facilement adaptables à leurs nouvelles fonctions, dans la mesure où ils ont déjà l'expérience de l'obéissance à une hiérarchie* »²⁹³⁸. Dans ces conditions, il serait peut-être judicieux d'envisager de reconnaître au Conseil supérieur de la magistrature, un pouvoir de contrôle plus large

²⁹³⁷ A. Boigeol (IHTP/CNRS), *La magistrature « hors les murs »...*, *op. cit.*, p. 84.

²⁹³⁸ A. Boigeol (IHTP/CNRS), *La magistrature « hors les murs »...*, *op. cit.*, p. 86.

en matière de mobilité, et ce aussi bien vers le secteur privé que vers le secteur public. Le Statut organique rejoindrait en ce sens l'une des propositions émises par la Commission « Cabannes », dans son Rapport final de 2005²⁹³⁹, laquelle avait alors trouvé un écho favorable dans l'avis du Conseil supérieur de la magistrature rendu la même année²⁹⁴⁰.

686. Cependant, si une mobilité extra-professionnelle insuffisamment encadrée des magistrats de carrière, peut se révéler préjudiciable pour l'institution judiciaire, elle peut à l'inverse constituer un atout précieux, dès lors qu'elle conduit le magistrat à faire bénéficier celle-ci de l'expérience et des acquis qu'il a su développer à l'extérieur. Un magistrat auditionné dans le cadre de l'étude sur *La magistrature « hors les murs »*, avait pu à juste titre mettre en exergue les avantages de la mobilité : « *c'est une sorte de débridage de l'esprit et de personnalités. Il faut aller vivre sa vie avant de régler celle des autres. Je pense qu'on ne peut pas exercer ce pouvoir fondamental de juger si on n'a pas été confronté à d'autres modes de pensée, à d'autres logiques, à d'autres réalités qui permettent de relativiser le pouvoir que vous avez, de vous insérer dans la réalité* »²⁹⁴¹. Reste que pour assurer l'utilité d'une telle mobilité, il convient d'organiser précisément celle-ci, et de l'intégrer de manière appropriée dans le déroulement de la carrière. Le régime applicable aux « magistrats » administratifs et financiers offre en la matière, avec « l'obligation de mobilité », un modèle intéressant de mobilité utile, qui mérite sans doute d'être évoqué. En effet, l'article 1^{er} du décret du 4 janvier 2008 prévoit que : « *Les membres des corps recrutés par la voie de l'Ecole nationale d'administration ont vocation à accomplir, pendant une durée de deux années qui peut être prolongée, une période dite de mobilité au cours de laquelle ils exercent des activités différentes de celles normalement dévolues aux membres du corps auquel ils appartiennent ou de celles relevant de l'administration ou service dans lequel ils ont été initialement affectés* »²⁹⁴². Cette disposition s'applique, du fait de leur mode de recrutement, aux membres des corps du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, et des chambres régionales des comptes. Cette obligation de mobilité a également été étendue, par l'article R. 235-2 du code de justice administrative, à l'ensemble des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, dont seule une partie est recrutée par la voie de l'Ecole nationale d'administration. Mais dans

²⁹³⁹ J. Cabannes, (président), rapport final de la Commission de réflexion..., *op. cit.*, pp. 22-23.

²⁹⁴⁰ CSM, Avis sur les propositions du rapport final de la Commission de réflexion..., *op. cit.*, p. 4.

²⁹⁴¹ A. Boigeol (IHTP/CNRS), *La magistrature « hors les murs »*..., *op. cit.*, p. 77.

²⁹⁴² Décret n° 2008-15 du 4 janvier 2008 relatif à la mobilité et au détachement des fonctionnaires des corps recrutés par la voie de l'Ecole nationale d'administration.

leur cas, la disposition susvisée prévoit toutefois que cette mobilité ne peut pas être effectuée dans un cabinet d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Si pour les « magistrats » administratifs et financiers, l'obligation de mobilité trouve une justification dans la nécessité de bien connaître l'administration qu'ils jugent, c'est une raison sensiblement analogue qui a présidé à son introduction dans la magistrature judiciaire, suite à l'affaire dite d'« *Outreau* ». Le rapport de la Commission d'enquête parlementaire établie à cet effet, avait effectivement pu souligner, dès 2006, que : « *Les reproches de repli, de manque d'ouverture des magistrats pendant leur carrière sont revenus fréquemment au cours des auditions devant la commission d'enquête* »²⁹⁴³. Interrogé à cette occasion, le Directeur de l'Ecole nationale de la magistrature, Michel Dobkine, avait lui-même plaidé en faveur d'une mobilité statutaire obligatoire des magistrats, qui conduirait ces derniers : « *à quitter, deux fois trois ans, le corps judiciaire pour exercer leurs talents ailleurs et s'enrichir au contact d'autres réalités sociales, économiques, associatives (et) administratives* »²⁹⁴⁴. Ce souci de voir les membres du corps judiciaire acquérir une autre expérience que celle liée à l'exercice des fonctions judiciaires, s'est traduite par l'insertion d'un nouvel article 76-4 dans le Statut de la magistrature. Applicable aux magistrats justifiant au moins de quatre ans de services effectifs²⁹⁴⁵, cette disposition prévoit l'obligation d'effectuer une mobilité d'une année dans des fonctions non juridictionnelles. Celle-ci peut ainsi être réalisée, pour conclure sur ce point : auprès d'une administration française ou d'un organisme de droit public français ; auprès d'une entreprise publique ou privée ou d'une personne morale de droit privé assurant des missions d'intérêt général ; ou encore auprès d'une institution ou d'un service de l'Union européenne, d'un organisme qui lui est rattaché, d'une organisation internationale ou d'une administration d'un Etat étranger.

B . L'exigence de consécration à la magistrature

687. Cette première approche de l'inamovibilité des magistrats du siège, tournée vers l'accomplissement d'un parcours professionnel intégral au sein de l'ordre judiciaire, paraît trouver un corollaire nécessaire dans l'obligation pour ceux-

²⁹⁴³ A. Vallini (président), P. Houillon (rapporteur), *Au nom du peuple français...*, *op. cit.*, pp. 454-455.

²⁹⁴⁴ M. Dobkine, Audition du 27 mars 2011, cité in A. Vallini (président), P. Houillon (rapporteur), *Au nom du peuple français...*, *op. cit.*, p. 455.

²⁹⁴⁵ L'article 76-5 du Statut organique exclut cependant les magistrats : « *justifiant de sept années au moins d'activité professionnelle avant leur entrée dans le corps judiciaire* ».

ci de ne pas exercer concomitamment : « *certaines activités qui, sans être interdites aux magistrats, paraissent incompatibles avec l'exercice simultané d'une fonction judiciaire* »²⁹⁴⁶. Il en résulte l'énoncé dans le Statut de la magistrature, d'un certain nombre d'incompatibilités portant aussi bien sur l'exercice d'activités professionnelles externes à la magistrature (1°), que sur l'exercice d'un mandat politique (2°).

1°) Le régime des incompatibilités dans la magistrature

688. La soumission des magistrats de l'ordre judiciaire à des incompatibilités en ce qui concerne l'exercice de certaines activités professionnelles extérieures, repose sur une double justification. Il s'agit à la fois d'assurer leur pleine disponibilité au service des fonctions judiciaires, et d'éviter : « *toute subordination extérieure qui risquerait d'entraver leur indépendance d'esprit et de compromettre leur liberté de jugement* »²⁹⁴⁷. Ces deux exigences se retrouvent, certes, dans une certaine mesure, vis-à-vis des autres membres de la fonction publique, dont la grande majorité constitue un vecteur essentiel dans la mise en œuvre « neutre » de la « *politique de la Nation* ». Elles revêtent cependant une dimension supplémentaire dans leur application à la magistrature judiciaire, s'agissant d'un corps dont les membres du siège apparaissent comme les premiers dépositaires d'une justice impartiale. Il en résulte en conséquence l'énoncé précis par le Statut organique, de plusieurs cas d'incompatibilité, dont la survenance peut contraindre le magistrat à faire un choix quant à la suite à donner à son parcours professionnel.

689. L'article 8 alinéa 1^{er} du Statut de la magistrature pose en principe que l'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec : « *l'exercice de toutes fonctions publiques et de toute autre activité professionnelle ou salariée* ». Cependant, cette même disposition prévoit certaines exceptions, liées à la nature des fonctions exercées. C'est ainsi que le troisième alinéa autorise un magistrat à s'adonner, sans condition d'autorisation préalable, à des « *travaux scientifiques, littéraires ou artistiques* ». De manière plus contraignante, puisqu'impliquant une dérogation individuelle du chef de cour, l'alinéa 2 autorise aussi un magistrat à : « *donner des enseignements ressortissant à (sa) compétence ou...exercer des fonctions ou activités qui ne seraient pas de nature à porter atteinte à (sa) dignité et à son indépendance* ».

A l'inverse, si le principe des incompatibilités avec l'exercice d'activités extérieures connaît quelques exceptions, il est également des hypothèses dans

²⁹⁴⁶ R. Perrot, *Institutions judiciaires, op. cit.*, 14^e éd., 2010, p. 321.

²⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 322.

lesquelles la situation d'incompatibilité revêt un caractère absolu et perdure, de ce fait, y compris après que le magistrat ait changé de cadre géographique ou après la cessation des fonctions judiciaires. L'article 9-1 de l'ordonnance organique prévoit en ce sens que, sous réserve des membres de la Cour de cassation, les « *magistrats et anciens magistrats* » ne peuvent exercer d'autres professions judiciaires ou travailler au service d'un membre de ces professions : « *dans le ressort d'une juridiction où ils ont exercé leurs fonctions depuis moins de cinq ans* ». L'article 9-1-1 soumet à une incompatibilité analogue, les « *magistrats et anciens magistrats* » qui souhaiteraient occuper un emploi au service d'une des collectivités d'Outre-mer relevant de l'article 74 de la Constitution, ou auprès d'un de leurs établissements publics. La règle des cinq ans laisse néanmoins place ici, à l'obligation de ne pas avoir exercé des fonctions : « *sur le territoire de la collectivité intéressée depuis moins de deux ans* ». Enfin, l'article 9-2 contraint les magistrats en disponibilité, demandant à être placés dans cette position, ou ayant définitivement cessé leurs fonctions depuis moins de cinq ans, à informer au préalable le garde des Sceaux lorsqu'ils souhaitent exercer une activité privée. Dans cette hypothèse, si l'incompatibilité énoncée ne revêt pas en elle-même un caractère absolu, cette dernière qualité va néanmoins résulter d'une éventuelle opposition *a posteriori* du ministre. Un tel refus va effet pouvoir être prononcé dès lors que l'activité privée : « *est contraire à l'honneur ou à la probité, ou..., par sa nature ou ses conditions d'exercice, ...compromettrait le fonctionnement normal de la justice ou porterait le discrédit sur les fonctions de magistrat* ».

690. La présence ou le risque de réalisation d'une des incompatibilités prévues aux articles 8 et suivants du Statut organique, place en toute hypothèse le magistrat visé dans l'obligation de faire un choix. Dans le cas où l'activité extérieure concernée n'est pas soumise à une incompatibilité absolue, le magistrat doit choisir : « *ou (de) renoncer à cette activité, ou (de) cesser d'exercer ses fonctions de magistrat selon les techniques prévues par le statut de la fonction publique (détachement, délégation, mise en disponibilité), lesquelles sont spécialement réglementées dans les textes relatifs aux magistrats* »²⁹⁴⁸. Cette seconde possibilité constitue incontestablement une garantie essentielle pour le magistrat, puisque les positions que sont la mise à disposition, le détachement et la disponibilité, permettent de concilier avantageusement la réalisation d'une mobilité professionnelle et le maintien dans le corps judiciaire. Au contraire, dans l'hypothèse où l'incompatibilité qui pèse sur l'activité externe intéressée, revêt un caractère absolu, le magistrat se trouve contraint, ou bien d'abdiquer celle-ci, ou bien de se résigner à quitter la carrière judiciaire.

²⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 321.

Le souci d'un magistrat d'entreprendre une telle activité, tout en excluant une quelconque démission de la magistrature, est dès lors susceptible de conduire à l'ouverture d'une procédure disciplinaire pouvant aboutir à sa révocation. Il convient d'ailleurs de souligner à cet égard, que le législateur organique a expressément entendu prévoir cette éventualité à l'encontre des magistrats qui, mentionnés à l'article 9-2 précité, envisagent d'exercer une activité privée. Le troisième alinéa de cette disposition dispose en effet que : « *En cas de violation d'une interdiction prévue au présent article, le magistrat mis en disponibilité est passible de sanctions disciplinaires dans les conditions prévues au chapitre VII. Le magistrat retraité peut faire l'objet, dans les formes prévues au chapitre VII, du retrait de son honorariat, et, le cas échéant, de retenues sur pension* ». Pour conclure sur ce point, s'il est vrai qu'une telle règle peut sembler empreinte d'une certaine sévérité, elle continue néanmoins à faire bénéficier le magistrat du siège concerné, de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité.

2°) La problématique de l'engagement politique des magistrats

691. Si l'édition d'incompatibilités destinées à empêcher l'exercice simultané de fonctions judiciaires et d'une activité professionnelle extérieure, apparaît nécessaire vis-à-vis des magistrats de l'ordre judiciaire, il semble que cette exigence redouble d'intensité lorsqu'est en cause une activité politique. Le Statut organique de la magistrature soumet en effet les membres du corps judiciaire, à un devoir de réserve relativement strict dans ce domaine. Au terme du premier alinéa de l'article 10, il est précisément prévu que : « *Toute délibération politique est interdite au corps judiciaire* ». Et l'alinéa 2 ajoute dans le même sens que : « *Toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République est interdite aux magistrats, de même que toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur impose leurs fonctions* ». Or, l'un des moyens les plus appropriés de prévenir une politisation du corps judiciaire, et de garantir que les « *servitudes de la vie politique* » ne feront pas « *perdre au magistrat la sérénité indispensable au bon exercice de la fonction judiciaire* »²⁹⁴⁹, paraît résider dans l'affirmation de certaines incompatibilités avec l'exercice d'un mandat politique. Reste que, malgré l'énonciation de telles incompatibilités par le législateur organique, le droit positif français se révèle assez favorable à l'accomplissement d'un mandat électif par les magistrats, ce qui ne va pas sans soulever certaines interrogations quant à l'aptitude des intéressés à préserver leur qualité de tiers impartial.

²⁹⁴⁹ *Ibid.*, p. 325.

692. L'article 9 alinéa 1^{er} du Statut de la magistrature pose de prime abord une incompatibilité entre les fonctions de magistrat et un mandat national ou européen, qu'il s'agisse d'un mandat de député ou sénateur, d'un mandat au Conseil économique, social et environnemental, ou encore d'un mandat au Parlement européen. Cependant, l'intéressé va ici jouir d'une garantie non négligeable dans l'hypothèse où, une fois élu à l'une de ces fonctions, il choisirait d'accomplir celle-ci. Comme le souligne le Professeur Perrot à cet égard, le magistrat va effectivement être placé en position de détachement, en ce sens qu'il va cesser d'exercer ses fonctions judiciaires pendant la durée de son mandat, tout en continuant à bénéficier dans ce corps de ses droits à l'avancement²⁹⁵⁰ et à la retraite. L'article 17 du décret du 16 septembre 1985, auquel renvoie indirectement l'article 68 du Statut organique, précise en outre que le détachement qui intervient pour exercer « *un mandat de membre de l'Assemblée nationale, du Sénat (ou) du Parlement européen* », est « *de plein droit* ». Cela signifie concrètement que le bénéfice de cette position, qu'il revient d'appliquer par analogie au mandat de membre du Conseil économique, social et environnemental, ne peut lui être refusé. Ce premier état du droit, qui concerne l'exercice d'un mandat national ou européen, se révèle encore plus souple s'agissant de l'exercice d'un mandat local. Si l'article 9 alinéa 3 prévoit que les fonctions judiciaires sont aussi incompatibles avec l'exercice d'un mandat de conseiller général ou régional, de conseiller municipal ou d'arrondissement, ainsi que de conseiller de Paris ou de membre de l'Assemblée de Corse, la rigueur de cette règle se trouve pour partie atténuée. Outre le fait que le détachement est acquis « *de plein droit* », d'après l'article 17 du décret de 1985, et que l'incompatibilité énoncée excepte les membres de la Cour de cassation, comme le précise l'article 9 *in fine* du Statut organique, force est de constater que l'interdiction de cumul avec un mandat local est strictement localisée au : « *ressort de la juridiction à laquelle appartient ou est rattaché le magistrat* »²⁹⁵¹.

²⁹⁵⁰ Le Conseil d'Etat a néanmoins jugé que le « *principe de l'indépendance des membres du Parlement* », qui « *ressort nécessairement de l'ensemble des dispositions de la Constitution* », fait obstacle à ce que des magistrats placés en position de détachement pour exercer un mandat à l'Assemblée nationale ou au Sénat, puissent recevoir un avancement au choix ou faire l'objet d'une inscription au tableau d'avancement pendant l'accomplissement de leur mandat. Voir : CE, Sect., arrêt du 29 juillet 1994, « *M. Michel et M. Tibéri* », Req n° 95324 et 97644.

²⁹⁵¹ A noter que l'article 9 alinéa 4 du Statut de la magistrature prévoit également que : « *Nul ne peut être nommé magistrat ni le demeurer dans une juridiction dans le ressort de laquelle il aura exercé depuis moins de cinq ans, une fonction publique élective visée au présent article ou fait acte de candidature à l'un des mandats, à l'exception du mandat de représentant au Parlement européen, depuis moins de trois ans* ».

La souplesse de cet état du droit, fruit de l'histoire française de la fonction publique²⁹⁵², est indéniablement de nature à encourager, sinon à favoriser la participation des magistrats à la vie politique²⁹⁵³. Par la possibilité qu'elle offre au magistrat détaché de se consacrer pleinement à ses fonctions électives pendant la durée de son mandat, cette souplesse tranche d'abord avec la situation des : « *autres citoyens (non fonctionnaires) tenus d'entretenir pendant la durée de leur mandat l'activité de leur emploi, leur entreprise ou leur cabinet* », et pour lesquels la : « *poursuite d'une carrière politique conduit souvent à négliger l'avenir professionnel* »²⁹⁵⁴. Mais cet état du droit s'inscrit surtout aux antipodes de systèmes de fonction publique qui, comme celui du Royaume-Uni, repose sur une pleine séparation entre les activités administratives et judiciaires, d'une part, et politiques, d'autre part. Dans un essai de 2006 consacré aux *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Bernard Stirn, Duncan Fairgrieve et Mattias Guyomar ont en effet pu souligner que : « *En dehors de l'obligation générale de réserve, le principe de base est qu'un fonctionnaire britannique ne doit pas participer aux activités qui pourraient mettre en question son impartialité vis-à-vis* »²⁹⁵⁵ du Pouvoir politique. Cette règle se traduit concrètement, s'agissant des hauts fonctionnaires et *a fortiori* des juges des juridictions supérieures, par l'interdiction : « *(de) participer aux activités politiques au niveau national, (d')occuper un poste au sein d'un parti politique ou (de) donner un avis sur une question politique de portée nationale* »²⁹⁵⁶. Il en résulte qu'un juge supérieur ne peut, respectivement en vertu du *House of Commons disqualification Act* de 1975 et du *European parliamentary elections Act* de 1978, ni être élu à la Chambre des communes, ni accéder au Parlement européen. Mais, si cette situation n'est pas sans rappeler au premier abord, l'état du droit français, il convient toutefois de préciser qu'un juge britannique se trouve dans

²⁹⁵² Voir par exemple : F. de Baecque, *Les fonctionnaires à l'assaut du pouvoir politique ?*, Revue Pouvoirs, n° 40, pp. 61 et s. ; M.-C. Kessler, *Les Grands corps de l'Etat*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1^{ère} éd., 1994, pp. 102-107.

²⁹⁵³ Comme l'a souligné le Conseiller d'Etat Vigouroux, à propos d'une question évoquée dans une précédente note de bas de page : « *Qui croirait que dans notre pays, des magistrats, élus députés, demanderaient, pendant leur mandat national, à progresser dans leur carrière, non seulement à l'ancienneté mais aussi être inscrits au choix sur le tableau d'avancement arrêté discrétionnairement par le Garde des Sceaux, qu'en tant que députés, ils contrôlent...Le Conseil d'Etat y a mis bon ordre* ». Voir : C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, Praxis Dalloz, Paris, 2^e éd., 2006, p. 389. Reste que, si le Conseil d'Etat est effectivement intervenu pour mettre un terme à une telle situation, il paraît assez curieux qu'il ait choisi de fonder sa solution sur « *l'indépendance des membres du Parlement* », plutôt que sur celle des magistrats.

²⁹⁵⁴ J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *op. cit.*, 6^e éd., 2009, p. 218.

²⁹⁵⁵ B. Stirn, D. Fairgrieve, M. Guyomar, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, Paris, 2006, p. 206.

²⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 207.

« *l'obligation de démissionner en cas de candidature à un siège parlementaire* »²⁹⁵⁷. Et, dans la mesure où la législation anglaise ne prévoit aucun mécanisme de détachement pour des raisons politiques, non seulement l'intéressé n'est pas assuré d'être réintégré en fin de mandat ou en cas d'échec électoral, mais la durée des fonctions électives n'est en outre pas comptabilisée « *dans l'octroi d'augmentations de salaire ou de retraite* »²⁹⁵⁸ au sein de la judicature.

693. Sans doute convient-il d'admettre qu'une transposition pure et simple du modèle britannique à la situation des magistrats français de l'ordre judiciaire, apparaîtrait constitutive d'une rupture d'égalité disproportionnée par rapport aux règles applicables au reste de la fonction publique et au secteur privé. Toutefois, cette volonté de garantir aux magistrats l'essentiel des droits et libertés politiques reconnus à tout citoyen, ne devrait pouvoir aboutir à troubler le bon fonctionnement du service public de la justice, ni à compromettre l'image d'indépendance et d'impartialité que cette dernière doit renvoyer au justiciable et au Pouvoir politique. Or, il est nécessaire de ne pas oublier que, plus que tout autre corps de la fonction publique, la magistrature judiciaire reste largement désavantagée dans son rapport à la politique, par le poids de l'histoire et la défiance inégalée dont elle fait l'objet. Le Professeur Perrot s'en est d'ailleurs ému, encore en 2010, en évoquant l'article 10 du Statut des magistrats qui proscrie au corps judiciaire « *toute délibération politique* » et « *toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du Gouvernement de la République* ». Ainsi que l'a à juste titre constaté l'Universitaire : « *Il est curieux d'observer que...cette interdiction est spécifique à la magistrature judiciaire et que l'on ne trouve nul texte similaire en ce qui concerne les juges de l'ordre administratif. Il faut croire que les pouvoirs publics n'ont jamais oublié le temps pourtant lointain où les anciens Parlements avaient le dessein de s'ériger en contre-pouvoir* »²⁹⁵⁹.

Les membres du corps judiciaire gagneraient peut-être, dans ces circonstances, à se prévaloir d'une position permettant de les singulariser vis-à-vis des autres composantes de la fonction publique. Par analogie, comme s'en félicitait, à la fin des années 1990, un magistrat ayant fait l'objet d'une mobilité au sein d'une entreprise privée : « *Ici c'est plein de polytechniciens. J'ai été accueilli avec une espèce de respect qui dure toujours. Ils ont l'impression que l'on maîtrise un des seuls domaines qu'ils ne maîtrisent pas* »²⁹⁶⁰. En l'occurrence, dans son rapport à la sphère

²⁹⁵⁷ Y. Mény, *Des fonctionnaires politisés ?*, Revue Pouvoirs, n° 40, 1987, p. 9.

²⁹⁵⁸ B. Stirn, D. Fairgrieve, M. Guyomar, *Droits et libertés...*, *op. cit.*, p. 206.

²⁹⁵⁹ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, 14^e éd., 2010, p. 320.

²⁹⁶⁰ A. Boigeol (IHTP/CNRS), *La magistrature « hors les murs »...*, *op. cit.*, p. 76.

politique, le point fort des magistrats qui ont vocation à consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire, devrait être de pouvoir démontrer, sinon leur indépendance, du moins leur souci d'impartialité. Sans aller jusqu'à envisager une démission automatique du magistrat en cas d'élection, il pourrait être envisagé de limiter le nombre de mandats politiques susceptibles d'être accomplis²⁹⁶¹, ainsi que cela a été suggéré au moment des travaux préparatoires à la loi organique du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs²⁹⁶². De manière plus simple, il pourrait également être utile d'intégrer dans le *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, des développements spécifiques sur les relations des magistrats aux fonctions politiques.

§ 2 . L'inamovibilité et l'exigence de stabilité dans le siège

694. Si l'inamovibilité requiert du magistrat du siège qui en bénéficie, un certain degré de stabilité dans la magistrature, cette exigence demeure néanmoins insuffisante dès lors qu'il s'agit de préserver son impartialité. Il convient en effet de rappeler que cette dernière vertu, correspond d'abord à une attente formulée vis-à-vis du juge, et plus encore du juge professionnel, dont elle constitue l'essence même. En outre, l'impartialité ne saurait être conçue comme un acquis définitif du magistrat. Elle doit à la fois, selon les termes employés par le Professeur Rosanvallon, être « *construite et validée en permanence* », et faire « *effectivement ses preuves pour être établie* »²⁹⁶³. Ces constats conduisent dès lors à soulever, en l'état du droit positif, deux interrogations. La première tient au fait de savoir si l'inamovibilité postule l'appartenance du magistrat à un corps qui le cantonne à des fonctions du siège, et ce afin de ne pas risquer d'annihiler son expérience et sa pratique de l'impartialité. Cette problématique revêt assurément une dimension singulière dans un système juridique qui, comme celui de la France, comprend des corps de « magistrats », judiciaires, administratifs et financiers, dont les membres n'ont pas uniquement vocation à exercer des fonctions juridictionnelles. La seconde question tient plus précisément au fait de savoir si l'inamovibilité exige du magistrat du siège,

²⁹⁶¹ Des amendements destinés à frapper d'une démission d'office, les fonctionnaires élus députés, avaient ainsi pu être examinés devant l'Assemblée nationale, en décembre 1994. Voir : J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, 6^e éd., 2009, p. 218.

²⁹⁶² Loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs. Un amendement n° 24 avait été déposé en ce sens, le 16 décembre 2010, par la Députée Marland-Militello sur le projet de loi organique n° 1887 du 29 juillet 2009 relatif à l'élection des députés. Adopté le 20 décembre 2011, cet amendement fut supprimé le jour même à l'occasion d'une seconde délibération de l'Assemblée.

²⁹⁶³ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique...*, *op. cit.*, pp. 152-153.

une certaine durée d'exercice dans la fonction à laquelle il a été affecté. En d'autres termes, il s'agit ici de s'interroger sur l'importance que pourrait revêtir la détermination d'un temps minimal d'occupation d'une fonction du siège, sur la capacité du juge à exercer celle-ci de manière impartiale. Ces deux questions paraissent *a priori* appeler des réponses positives. L'inamovibilité des magistrats du siège semble, d'une part, devoir trouver une contrepartie logique dans l'exercice, pérenne, par ceux-ci, de fonctions « judiciaires » synonymes d'impartialité (A). Elle paraît d'autre part impliquer, que ces magistrats puissent s'investir pour une certaine durée, dans les fonctions du siège auxquelles ils ont été affectés (B).

A . L'exigence de stabilité dans les fonctions du siège

695. Dans la perspective de voir rendue une justice impartiale, le modèle idéal paraît ressortir sous les traits du juge supérieur britannique. Comme l'expliquent en effet Antoine Garapon et Antoine Papadopoulos, son mode de recrutement place celui-ci : « *dans une grande extériorité à l'égard des acteurs sociaux : issu du barreau, il n'a rien de commun avec l'Etat. Il ne se sent aucune proximité avec les fonctionnaires...Il doit connaître le moins possible d'une affaire pour ne pas être tenté de se rapprocher de l'une des parties* »²⁹⁶⁴. Il offre, dans le sens le plus précis du terme, cette image d'un « tiers » au Pouvoir et à l'administration. Ce schéma idéal ne connaît cependant pas d'équivalent dans le système hexagonal, où les « magistrats » des deux ordres de juridiction ont vocation à exercer des fonctions administratives (1°). A défaut de pouvoir revenir totalement sur cet état du droit, potentiellement préjudiciable à l'exercice impartial des fonctions du siège, il conviendrait au minimum de veiller à ce que les fonctions administratives concernées, soient assurées de la manière la plus impartiale possible (2°).

1°) La question de la vocation à exercer des fonctions administratives

696. La particularité du système juridictionnel français par rapport à celui du Royaume-Uni, et plus largement celui des Etats de culture anglo-saxonne, réside dans l'appartenance des juges de carrière à des corps de la fonction publique qui ont non seulement vocation à rendre la justice, mais également à requérir celle-ci, voire à prendre en charge des attributions consultatives. Les membres de ces corps apparaissent de ce point de vue, bien moins comme des « juges », que comme des « magistrats ». Les membres des quatre corps des juridictions administratives et financières rejoignent en quelque sorte l'ancienne acception du mot, puisqu'ils exercent déjà, à travers leurs compétences consultatives, des fonctions non

²⁹⁶⁴ A. Garapon, I. Papadopoulos, *op. cit.*, p. 155.

juridictionnelles d'administration passive. Reste que, malgré cette vocation intrinsèque à dépasser la sphère juridictionnelle, ces quatre groupes de « magistrats » se trouvent placés vis-à-vis des exigences requises de la justice, dans des situations qui les rapproche d'une certaine manière de celle du juge britannique. Ainsi que cela été souligné lors de développements antérieurs, les membres du corps du Conseil d'Etat et du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, sont à la fois indépendants et impartiaux dans leurs fonctions de juge, de rapporteur public, et de conseil²⁹⁶⁵. Ces deux traits de caractère se trouvent partagés par les membres du corps de la Cour des comptes et de celui des chambres régionales des comptes, tant dans leurs attributions de jugement, que dans leurs fonctions consultatives²⁹⁶⁶.

Pour les magistrats financiers sus-évoqués, la seule exception concerne les fonctions du ministère public qui, pour des raisons tirées de la proximité historique existant entre les juridictions financières et judiciaires, entretiennent une certaine filiation avec le parquet de l'ordre judiciaire. En effet, si une infime minorité du corps judiciaire est amenée à assurer des fonctions administratives au sein du « *cadre de l'administration centrale du ministère de la justice* »²⁹⁶⁷, l'appartenance au parquet joue en revanche un rôle prépondérant dans la carrière du magistrat. En 1992, Le législateur organique a d'ailleurs pleinement entendu affirmer cette complémentarité entre les fonctions du siège et du ministère public, en insérant dans le Statut de la magistrature une disposition prévoyant que : « *Tout magistrat a vocation à être nommé, au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet* »²⁹⁶⁸. Pourtant ces dernières fonctions, et c'est ici que réside l'intérêt de leur étude, présentent la particularité d'inscrire leur titulaire aux antipodes de la situation applicable aux magistrats du siège. Le représentant du ministère public est non seulement susceptible d'apparaître comme un « *agent du pouvoir exécutif auprès des tribunaux* »²⁹⁶⁹, mais également comme un magistrat dépendant de ce même Pouvoir.

697. Dans un chapitre de *L'esprit des lois* consacré aux « *Accusations dans les divers gouvernements* », Montesquieu s'était félicité de la présence à son époque,

²⁹⁶⁵ Cf. Partie II, titre I, chapitre 2 et Partie II, titre II, chapitre 1 de la thèse.

²⁹⁶⁶ *Ibid.*

²⁹⁶⁷ Article 1^{er}, I, 1^o du Statut de la magistrature. Au 1^{er} janvier 2011, les magistrats du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice étaient au nombre de 290, sur les 8197 magistrats en position d'activité. Ce chiffre représente 3,5% de l'effectif total.

²⁹⁶⁸ Article 1^{er}, II du Statut de la magistrature, introduit à l'occasion de la loi organique n° 92-189 du 25 février 1992 modifiant l'ordonnance n° 1958-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

²⁹⁶⁹ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 14e éd., 2010, *op. cit.*, p. 43.

parmi les gens de justice, de personnes spécialement chargées des fonctions d'accusation au nom de la Couronne. Le philosophe écrivait alors : « *Nous avons aujourd'hui une loi admirable ; c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, propose un officier dans chaque tribunal, pour poursuivre en son nom tous les crimes : de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous* »²⁹⁷⁰. L'auteur avait sans doute en grande partie raison de faire ici l'éloge d'une autorité qui, en requérant la justice indépendamment de la victime et du prévenu en matière pénale, contribuait à renforcer les efforts entrepris par le Pouvoir royal pour mettre fin aux dérives de la justice privée, et ainsi protéger les individus de l'arbitraire pouvant en résulter. Plus de deux siècles et demi après l'émission de cette opinion, l'intérêt que présente à cet égard l'institution du ministère public, demeure intact, et semble offrir une certaine légitimité à l'assertion du Conseil constitutionnel suivant laquelle : « *L'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* »²⁹⁷¹. Pour autant, les fonctions des seconds diffèrent profondément de celles des premiers. Ils ne sont pas chargés de rendre la justice en disant le droit, mais de requérir celle-ci pour « *défendre les intérêts de la collectivité* »²⁹⁷², de l'intérêt général, et « *plus spécialement de la loi qui en est l'expression* »²⁹⁷³. Ils constituent plus encore en matière pénale, un instrument incontournable dans la mise « *en œuvre de la politique criminelle définie par le gouvernement* »²⁹⁷⁴, ces magistrats étant chargés tout à la fois : « *(d')exercer l'action publique, (de) diriger les enquêtes, (et de) contrôler la police judiciaire* »²⁹⁷⁵. Ce rôle explique l'existence, au sein du Statut organique, d'un article 5 au terme duquel : « *Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchique et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice* ». Le Comité « *Balladur* » n'a d'ailleurs pas manqué de revenir sur cette spécificité hexagonale, dans son rapport remis, en 2007, au Président de la République. L'organe de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République avait en effet, à cette occasion, souligné son

²⁹⁷⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, livre VI, chap. IX, p. 209.

²⁹⁷¹ CC, décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, « *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale* », cons. 5.

²⁹⁷² R. Perrot, *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, 14e éd., 2010, p. 42 ; S. Guinchard, G. Montagrier, A. Varinard, T. debar, *Institutions...*, *op. cit.*, 10e éd., 2009, p. 167.

²⁹⁷³ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, 14e éd., 2010, p. 42.

²⁹⁷⁴ T. S. Renoux, M. de Villiers, *Code constitutionnel*, Litec, Juris code, Paris, 2004, p. 555.

²⁹⁷⁵ C. Cointat, rapport d'information n° 345 fait au nom de la Commission des lois, sur l'évolution des métiers de la justice, Sénat, 3 juillet 2002, p. 67.

attachement : « *au pouvoir hiérarchique du ministre de la Justice sur les magistrats du parquet, qui lui a semblé correspondre à la conception française du ministère public dans la mesure où l'exercice de ce pouvoir par un membre du gouvernement, responsable devant le Parlement, est la garantie d'un contrôle démocratique de la politique pénale conduite par le pouvoir exécutif* »²⁹⁷⁶.

Cette approche des fonctions du parquet, conduit concrètement à faire regarder ses membres comme des représentants du Pouvoir exécutif. Or, un tel degré de corrélation entre la fonction de requérir la justice et le service du Pouvoir politique, n'est pas sans renforcer l'image de partialité que peut dégager le ministère public, en raison de ses fonctions de poursuite. En réponse à une question portant sur l'opportunité de séparer le parquet du siège, le Premier président Canivet avait déjà pu opposer en 2006, la situation du premier ayant : « *pour objectif de faire condamner l'auteur d'une infraction* », à celle du second qui : « *lui, n'a pas d'a priori(,) écoute les deux parties et pèse chacun des arguments* »²⁹⁷⁷. Un tel jugement, pourtant émis par une personnalité jouissant d'une connaissance approfondie du système judiciaire français, paraît de nature à conforter les récentes remarques formulées par la Cour européenne des droits de l'homme, vis-à-vis du parquet hexagonal. La Haute juridiction s'est effectivement interrogée, à l'occasion de ses arrêts « *Medvedyev* » du 29 mars 2010, et « *Moulin* » du 23 novembre 2010, sur la possibilité de qualifier celui-ci de : « *magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* », au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, la Cour a estimé par deux fois, dont l'une dans sa formation la plus solennelle, que : « *Le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public* »²⁹⁷⁸.

698. Si les attributions des magistrats du parquet sont de nature à éloigner ceux-ci des magistrats du siège, ce fossé se trouve encore creusé par l'important écart qui les sépare, sur le plan des garanties d'indépendance organiques. La principale différence, au regard de l'objet de la présente étude, concerne l'absence d'inamovibilité des membres du ministère public. L'article 64 *in fine* de la Constitution et l'article 4 du Statut de la magistrature, restreignent effectivement le

²⁹⁷⁶ E. Ballardur, *Une Ve République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 155.

²⁹⁷⁷ Interview de Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation, par Radio Notre Dame, et reproduite dans le journal *La Croix* du 19 mai 2006. Citée par : A. Vallini (président), P. Houillon (rapporteur), *Au nom du peuple français...*, *op. cit.*, p. 448.

²⁹⁷⁸ CEDH, Grande chambre, arrêt du 29 mars 2010, « *Medvedyev et autres c. France* », Req. n° 3394/03, § 124 ; CEDH, arrêt du 23 novembre 2010, « *Moulin c. France* », Req. n° 37104/06, § 58.

bénéfice de cette protection au seuls magistrats du siège. Il en résulte dans ces conditions, au moins deux conséquences pour le parquet. Tout d'abord, privés de la garantie juridictionnelle de l'inamovibilité, les membres de celui-ci continuent à relever de l'autorité de nomination en matière disciplinaire. L'article 65 alinéa 7 de la Constitution prévoit ainsi que : « *La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les sanctions disciplinaires qui les concernent* ». Sans doute convient-il de reconnaître que le prononcé d'une sanction se trouve, ici, obligatoirement précédé de l'avis du Conseil supérieur. Cependant, comme a pris soin de le relever le Professeur Perrot : « *le garde des Sceaux n'est pas lié par l'avis qui lui a été donné. Il peut prononcer une peine plus faible ou plus élevée que celle proposée par le Conseil supérieur de la magistrature, voire même considérer qu'il y a une faute, là où le Conseil supérieur n'en n'a vu aucune, ou inversement* »²⁹⁷⁹. Dans le cas où le garde des Sceaux entendrait prononcer une sanction plus grave que celle proposée par le Conseil supérieur, le législateur organique a néanmoins souhaité le garder de toute décision hâtive. Depuis 1994, l'article 66 du Statut oblige ainsi le ministre de la justice à soumettre son projet de décision motivée au Conseil, afin que celui-ci émette un nouvel avis²⁹⁸⁰. Mais comme la précédente, cette consultation ne lie aucunement le ministre. La seconde conséquence de l'absence d'inamovibilité, réside, en matière de mutation, dans l'exclusion des magistrats du parquet du bénéfice de la règle du consentement préalable. Le Conseil d'Etat a ainsi pu juger, à l'occasion d'un arrêt « *Jeol* » du 27 juillet 1979, que : « *Aucune disposition ni aucun principe général du droit n'interdit au Président de la République de muter d'office dans l'intérêt du service les magistrats qui ne bénéficient pas de l'inamovibilité* »²⁹⁸¹. Par extension, les mesures de nomination dont les membres du parquet sont susceptibles de faire l'objet, ne sont pas subordonnées, comme c'est le cas pour les magistrats du siège, à une proposition ou à un avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. L'article 65 alinéa 5 de la Constitution prévoit, beaucoup plus modestement, que : « *La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les nominations qui concernent les magistrats du parquet* ».

Bien entendu, la situation organique des représentants du ministère public n'est pas complètement laissée à l'arbitraire du Pouvoir. Les décisions prises à leur

²⁹⁷⁹ R. Perrot, *Institutions judiciaires, op. cit.*, 14e éd., 2010, p. 316.

²⁹⁸⁰ Article 66 du Statut de la magistrature, modifié par la loi n° 94-101 du 5 février 1994 modifiant l'ordonnance n° 1958-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

²⁹⁸¹ CE, arrêt du 27 juillet 1979, « *Jeol* », Req. n° 03748.

encontre, sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. Pour autant, force est de noter qu'un tel recours, dépourvu d'effet suspensif, se caractérise à la fois par sa complexité et sa durée. L'affaire « *Marc Robert* », qui a marqué l'actualité judiciaire au cours des mois de juin et juillet 2009, en constitue une bonne illustration²⁹⁸². Nommé contre son gré aux fonctions d'avocat général à la Cour de cassation, par un décret du 23 juin 2009, le Procureur général près la cour d'appel de Riom avait alors contesté la régularité de la procédure suivie, devant le Conseil d'Etat. Après que la Haute juridiction ait rejeté, le 28 juillet 2009, une requête en référé suspension, il fallut attendre un arrêt du 30 décembre 2010 pour voir annuler cette mutation²⁹⁸³. Au demeurant, il est possible de regretter pour partie la solution par laquelle le Conseil d'Etat a jugé, illégale, la pratique du garde des Sceaux consistant à se ranger systématiquement aux avis rendus par le Conseil supérieur de la magistrature²⁹⁸⁴. Si une telle pratique conduisait effectivement le ministre à renoncer à l'exercice d'un pouvoir d'appréciation qu'il tenait de la Constitution et du Statut organique, force est de rappeler, par comparaison, que l'indépendance des membres du Conseil d'Etat est justement due, pour une part non négligeable, à une abstention bienveillante du Pouvoir politique dans l'exercice de ses fonctions. Dans ce contexte, et étant donné l'importance relative des garanties d'indépendance attribuées aux magistrats du parquet, la Cour européenne des droits de l'homme a été légitimement amenée à dénier à ceux-ci, la qualité de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3 de la Convention du même nom. Dans son arrêt « *Moulin* » du 23 novembre 2010, celle-ci a effectivement été conduite à constater : « *que les magistrats du siège sont soumis à un régime différent de celui prévu pour les membres du ministère public. Ces derniers dépendent tous d'un supérieur hiérarchique commun, le garde des sceaux, ministre de la justice, qui est membre du gouvernement et donc du pouvoir exécutif. Contrairement aux juges du siège, ils ne sont pas inamovibles en vertu de l'article 64 de la Constitution...* »²⁹⁸⁵. Ce faisant, et après avoir énuméré les autres éléments propres à témoigner de l'influence du Pouvoir sur le ministère public, la Cour a finalement conclu que les membres de ce dernier : « *du fait de leur statut..., ne remplissent pas*

²⁹⁸² *Mutation de Marc Robert : l'USM et le SM contestent la légalité du décret*, Nouvel Obs, 24 juin 2009 ; *Après l'affaire Marc Robert, SM et USM se retirent du conseil du CSM*, Nouvel Obs, 25 juin 2009 ; *Marc Robert saisit le Conseil d'Etat contre sa mutation*, Nouvel Obs, 7 juillet 2009 ; A. Salles, *La question cruciale du statut des magistrats du parquet*, Le Monde, 8 juillet 2009 ; A. Salles, *Le procureur général de Riom dénonce une mutation « arbitraire »*, Le Monde, 8 juillet 2009 ; A. Salles, *Michèle Alliot-Marie hérite d'une crise grave au CSM*, Le Monde, 27 juin 2009.

²⁹⁸³ CE, Ordonnance de référé du 28 juillet 2009, « *M. Marc Robert* », Req. n° 329514 ; CE, arrêt du 30 décembre 2010, « *M. Robert* », Req. n° 329513 et 329515.

²⁹⁸⁴ CE, arrêt du 12 janvier 2004, « *M. Jacques X.* », Req. n° 248702.

²⁹⁸⁵ CEDH, arrêt du 23 novembre 2010, « *Moulin c. France* », Req. n° 37104/06, § 56.

l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, ... compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » »²⁹⁸⁶.

2°) Le critère de l'exercice de fonctions administratives impartiales

699. La cohabitation au sein d'un même corps judiciaire, de membres du parquet qui bénéficient d'une indépendance et d'une impartialité relatives, et de magistrats du siège dont le propre est au contraire de réunir ces deux qualités, soulève inmanquablement un problème de compatibilité. Dès lors que les magistrats ont vocation à évoluer dans les deux fonctions au cours de leur carrière, elle nuit nécessairement au souci de voir distribuer une justice de qualité, et plus précisément une justice impartiale. L'unité du corps judiciaire donne concrètement, en l'état du droit positif, le sentiment d'une institutionnalisation de l'entrée d'un « Cheval de Troie » dans cette citée d'Ilios que serait l'institution de justice. C'est pourquoi, il serait sans doute opportun pour les Pouvoirs publics français, dans un souci de ne pas préjudicier à l'accomplissement de leur mission par les magistrats du siège, de suivre cette recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe invitant les Etats à prendre : *« toutes mesures nécessaires afin que le statut légal, la compétence et le rôle procédural des membres du ministère public soient définis par la loi de sorte qu'il ne soit possible de nourrir aucun doute légitime quant à l'indépendance et à l'impartialité des juges »*²⁹⁸⁷.

700. Le « génie » du stratège que fut en son temps Napoléon Bonaparte, paraît encore percer avec vigueur à travers la configuration actuelle du ministère public. En prenant soin de restaurer le prestige attaché à cette institution d'Ancien Régime, au lendemain de la parenthèse révolutionnaire, et en la dressant comme un « Pont d'Arcole » entre la justice et la sphère administrative et politique, il a ainsi réussi à renforcer indirectement le contrôle du Pouvoir sur les officiers de judicature. Ainsi que l'écrivait en 1994, le Premier avocat général près la Cour de cassation, Pierre Jeol : *« il était bien commode de présenter les parquetiers comme des magistrats et de les utiliser dans l'ombre comme des fonctionnaires »*²⁹⁸⁸. L'unité du corps judiciaire pleinement consacrée en 1992, emporte dans ces conditions, deux conséquences négatives pour la magistrature du siège. D'une part, elle suscite une forte impression de « collusion » dans l'esprit des justiciables. La réalité, sinon le

²⁹⁸⁶ *Ibid.*, § 57.

²⁹⁸⁷ Comité des ministres, Recommandation n° Rec (2000) 19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, Conseil de l'Europe, 6 octobre 2000, § 17.

²⁹⁸⁸ P. Jeol, *Le parquetier nouveau est arrivé*, Gazette du Palais, 3 décembre 1994, p. 1363.

risque d'une telle intelligence, loin d'être totalement illusoire, a été reconnue à plusieurs reprises jusque dans les rangs du corps judiciaire. Lors de son audition par la Commission d'enquête parlementaire établie consécutivement à l'affaire dite d'« Outreau », le Premier président Canivet avait formulé cette critique : « *Les magistrats peuvent exercer, de la base au sommet, alternativement les fonctions du siège et du parquet, parfois dans la même juridiction et au sein d'un même palais de justice, cohabitent, travaillent ensemble, dans une relation quotidienne de proximité – on n'hésite pas à parler de collaboration – ceux qui sont chargés de juger les affaires en toute impartialité et ceux dont la mission est de soutenir la thèse de l'accusation. L'organisation des juridictions est totalement fondée sur cette relation. Il faudrait, je vous l'assure, beaucoup de vertu pour assumer un tel système. Je ne suis pas sûr que nous l'ayons* ». A la fin de son intervention, évoquant le déroulement du procès devant les juridictions répressives, le Premier magistrat de l'ordre judiciaire affirmait encore : « *Dans la pratique quotidienne du procès pénal, il en résulte une confusion active et visible entre parquet et siège, qui brouille l'idée d'une justice impartiale et place la défense en position de déséquilibre* »²⁹⁸⁹. Or, une telle situation s'inscrit en contradiction avec les préconisations formulées par les instances consultatives du Conseil de l'Europe. Dans son avis n° 12 (2009), le Conseil consultatif de procureurs européens, après avoir rappelé que : « *L'intervention et l'attitude du ministère public et du juge ne doivent laisser planer aucun doute sur leur impartialité objective* », a effectivement estimé qu'il : « *ne faut pas qu'aux yeux du justiciable et de la société en général, il puisse exister ne fût-ce qu'une impression de connivence entre eux ou de confusion entre les deux fonctions* »²⁹⁹⁰.

L'unité du corps judiciaire est de nature à entretenir, d'autre part, le soupçon d'une « *inféodation des juges au pouvoir exécutif* »²⁹⁹¹. Cette remarque, qui émanait en l'occurrence de la Conférence nationale des premiers présidents de cour d'appel, se retrouve sous la plume de plusieurs auteurs. Il s'agit alors, tout d'abord, d'une sujétion de l'esprit. Comme l'ont regretté à cet égard, les Avocats Yannick Rio et Thierry-Pierre Berthelot, en 1996 : « *Le corps judiciaire français se caractérise par son unité avec une prise directe du pouvoir exécutif sur l'une des composantes du corps judiciaire, le parquet, et indirecte par ricochet, sur les juges du siège ayant*

²⁹⁸⁹ Audition du Premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, 5 avril 2006. Cité par A. Vallini (président), P. Houillon (rapporteur), *Au nom du peuple français...*, *op. cit.*, pp. 447-448.

²⁹⁹⁰ CCPE, Avis n° 12 (2009), sur les juges et procureurs dans une société démocratique, Conseil de l'Europe, 8 décembre 2009, § 36.

²⁹⁹¹ C. Cointat, Rapport d'information n° 345, *op. cit.*, p. 70.

occupé des fonctions de parquetier au cours de leur carrière »²⁹⁹². Les Professeur Guinchard, Montagnier, Varinard et Debard n'ont d'ailleurs pas manqué de faire écho à cette réflexion, en s'interrogeant eux-mêmes sur le fait de savoir : « *Comment un esprit habitué à obéir aux ordres de sa hiérarchie et du pouvoir politique, à travers la conduite de l'action publique..., pourrait-il ensuite passer, sans hésitation, sans état d'âme, à une fonction dont l'exercice requiert tous les jours un esprit d'indépendance à l'égard de tous et de tous les pouvoirs ?* »²⁹⁹³. Cette difficulté apparaît malheureusement encore exacerbée, par cette circonstance qui conduit à privilégier dans la pratique, la carrière des magistrats qui ont, sinon « *choisi de faire leur débuts au parquet* »²⁹⁹⁴, du moins transité longuement au sein du ministère public pendant la durée de leur parcours. L'inféodation évoquée par la Conférence nationale des premiers présidents de cour d'appel, correspond également à une subordination statutaire. Ainsi que l'a relevé le Professeur Bioy au soutien de cette position : « *Si on a souhaité maintenir le lien entre les deux (composantes,) c'est sans doute parce que, loin de profiter au Parquet, le principe de l'unité du corps joue en fait au détriment du Siège, auquel on n'accorde pas de garanties propres parce qu'elles sont impensables pour le Parquet qu'on lui adjoint toujours. Ainsi l'unité du corps ne fait-elle que bloquer l'évolution des fonctions du Siège, ce qui profite au gouvernement* »²⁹⁹⁵. Pour excessif qu'il puisse paraître, ce propos paraît pourtant trouver une certaine assise dans la comparaison entre l'indépendance des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, et celle des membres des différents corps de l'ordre juridictionnel administratif. En effet, quand bien même ces seconds ne voient pas leur statut établi par la Constitution et la loi organique, l'indépendance réelle dont ils jouissent en pratique, doit certainement beaucoup à l'absence, en leur sein, d'un équivalent véritable du parquet judiciaire.

701. Cet état du droit français appelle incontestablement des réponses, comme le révèle la récurrence du débat public consacré à l'opportunité du maintien de l'unité du corps judiciaire, et à l'effectivité du lien de dépendance existant entre le garde des Sceaux et le ministère public. C'est pourquoi il peut être ici utile d'envisager certaines pistes de réflexion, destinées à améliorer le système hexagonal dans la perspective d'une meilleure protection des missions imparties aux magistrats

²⁹⁹² T.P. Berthelot, Y. Rio, *Plaidoyer pour la seule réforme qui s'impose...la suppression de l'unité de la magistrature française*, La vie judiciaire, 28 juillet 1996, p. 2.

²⁹⁹³ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. debard, *Institutions...*, op. cit., 10e éd., 2009, pp. 182-183.

²⁹⁹⁴ C. Charle, *Etat et magistrats. Les origines d'une crise prolongée*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 96-97, 1993, p. 43.

²⁹⁹⁵ X. Bioy, *L'institution judiciaire...*, op. cit., p. 1123.

du siège. La première remarque qui mérite d'être formulée, tient à l'impartialité qui devrait, semble-t-il, animer les représentants du parquet dans le rôle qui leur est confié de requérir la justice. Dans son avis n° 12 (2009) précité, le Conseil consultatif de procureurs européens s'est notamment démarqué sur ce point, de la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts « *Medvedyev* » et « *Moulin* » de 2010. Cet organe consultatif du Conseil de l'Europe a en effet estimé, à partir d'une étude comparée des systèmes judiciaires européens, que : « *le but commun des juges et des procureurs, ... est d'assurer une justice équitable, impartiale et efficace* »²⁹⁹⁶. Or, ces qualités, loin de caractériser le seul corps judiciaire considéré dans son ensemble, devraient être celles du ministère public lui-même. C'est ici la conception qu'a paru promouvoir le Conseil consultatif, dans la suite de ses développements consacrés aux « *Spécificités des fonctions* » du parquet. Il ressort en effet du § 11 du même Avis, que : « *Les procureurs ... doivent exercer leurs fonctions de façon juste, impartiale, objective et cohérente, respecter et s'efforcer de protéger les droits de l'homme et garantir que le système de justice fonctionne de façon prompt et efficace* »²⁹⁹⁷. Abordant plus précisément la problématique de la nature des poursuites, le paragraphe suivant s'inscrit dans un schéma de pensée identique. D'après ce § 12 : « *Que l'action des procureurs se base sur un système de poursuite discrétionnaire (principe d'opportunité) ou sur un système de poursuite obligatoire (principe de légalité), ceux-ci agissent non seulement au nom de la société dans son ensemble mais ils ont aussi des devoirs envers des individus bien précis, notamment les accusés, vis-à-vis desquels ils ont un devoir d'équité, et les victimes à qui ils doivent garantir que justice soit faite* »²⁹⁹⁸.

Cette approche de la manière pour les magistrats du parquet de se comporter, dans l'accomplissement de leur mission, tranche profondément avec la vision en vigueur dans l'Hexagone. Pourtant, bien qu'étant conçue sous une forme un peu idéalisée, elle paraît correspondre à la conception du parquet aujourd'hui défendue au sein des autres Etats représentatifs de la culture européenne-continentale, tels que l'Italie, l'Espagne, ou encore l'Allemagne²⁹⁹⁹. Dans ces conditions, la transposition de cette approche au système français devrait, semble-t-il, pouvoir être envisagée. Un pareil changement de culture permettrait assurément de mettre un terme à la contradiction interne dont souffre actuellement le corps judiciaire, sans devoir suggérer une scission du parquet qui aboutirait à un risque important de

²⁹⁹⁶ CCPE, Avis n° 12 (2009)...., *op. cit.*, § 3.

²⁹⁹⁷ *Ibid.*, § 11.

²⁹⁹⁸ *Ibid.*, § 12.

²⁹⁹⁹ Voir en ce sens : P. Milburn, K. Kostulski, D. Salas (dir.), *Les procureurs. Entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, PUF, Droit et justice, 1^{ère} éd., 2010, 237 p.

« fonctionnarisation » de celui-ci. Reste que la capacité à garantir l'impartialité du ministère public, passe en grande partie par un renforcement de son cadre statutaire, et surtout pas un rapprochement avec le sort fait aux magistrats du siège. Tout en veillant à bien maintenir la séparation entre les fonctions de rendre et de requérir la justice, il conviendrait d'abord de veiller à ce que les membres du ministère public ne perdent jamais de vue, cette culture de l'impartialité nécessaire à la légitimité et donc à la pérennité du corps judiciaire. Ceci impose d'insister sur la préservation d'une formation initiale et continue commune, et surtout sur l'essor d'une culture déontologique suffisamment puissante pour guider les magistrats tout au long de leur parcours entre les deux fonctions. Il appartiendrait en outre d'améliorer les garanties d'indépendance aujourd'hui attribuées aux membres du parquet. La solution défendue par le Conseil supérieur de la magistrature, et consistant à étendre à ces magistrats les garanties reconnues à la magistrature du siège³⁰⁰⁰, n'apparaît peut-être pas la plus opportune. En revanche, il pourrait se révéler judicieux de rechercher dans le statut applicable aux magistrats financiers, une garantie particulière qui a paru démontrer son efficacité jusqu'à ce jour. L'article L. 212-10 du code des juridictions financières, applicable aux membres du corps des chambres régionales des comptes, dispose en effet que : « *Des magistrats des chambres régionales de comptes sont, avec leur accord, délégués dans les fonctions du ministère public par décret pris sur proposition conjointe du premier président de la Cour des comptes et du procureur général près la Cour des comptes. Dans ces fonctions, les intéressés ne sont pas inamovibles. Il est mis fin à cette délégation dans les mêmes formes* ». De manière concrète, cela signifie que, simplement « délégués » de façon amovible dans des fonctions du ministère public, les membres de ce corps demeurent en toute circonstance des « magistrats inamovibles ».

B . L'exigence de durée dans une fonction du siège

702. Si l'inamovibilité paraît impliquer que le magistrat qui en bénéficie, reste principalement cantonné à des fonctions du siège ou requérant des qualités d'indépendance et d'impartialité analogues, il peut être utile de poursuivre cette réflexion en « entonnoir » en s'interrogeant, au-delà, sur la nécessité pour ce magistrat de se spécialiser dans une même fonction du siège pendant une certaine durée. Une telle question revêt *a priori* un intérêt non négligeable, dans une magistrature judiciaire marquée par une diversification croissante des fonctions (1°). Cette première problématique en appelle toutefois une autre, qui tient, en raison de la

³⁰⁰⁰ CSM, rapport annuel d'activité 2004-2005, *op. cit.*, pp. 191-193 et 196 ; CSM, rapport annuel d'activité 2007, *op. cit.*, pp. 70-71.

complexification corrélative des fonctions du siège, à la question de l'aptitude du magistrat à se maintenir durablement dans celles-ci (2°).

1°) La diversification des fonctions du siège

703. Le juge est progressivement devenu, sous l'effet combiné des phénomènes de juridicisation et de judiciarisation, « *le gardien de toutes les promesses* »³⁰⁰¹. Comme le soulignait déjà le Professeur Hufstedler en 1971, cité en introduction de l'ouvrage des Professeurs Guarnieri et Pederzoli sur *La puissance de juger* : « *Nous demandons à la justice à la fois de défendre les libertés, d'apaiser les tensions raciales, de condamner la guerre, la pollution..., de nous protéger contre les abus du pouvoir et contre nos tentations privées, d'infliger des peines, d'atténuer les différences entre les individus, de nous défendre avant que nous naissons, de nous marier et de nous accorder le droit au divorce, et à une sépulture, ou du moins de veiller à ce que les dépenses de nos enterrements soient payées* »³⁰⁰². L'Universitaire belge François Ost a, pour sa part, fait ressortir cette centralité croissante du juge, à travers une double classification ternaire et complémentaire des identités reconnues à celui-ci. C'est ainsi qu'il pourrait être, tantôt « *juge Jupiter* », « *juge Hercule* » ou « *juge Hermès* », tantôt « *juge pacificateur* », « *juge arbitre* » ou « *juge entraîneur* »³⁰⁰³. Or, si cette multipolarisation du rôle du juge paraît indistinctement toucher en France, toutes les catégories de personnes chargées de rendre justice, il semble qu'il en aille plus particulièrement ainsi pour les magistrats du siège de l'ordre judiciaire. Dans la mesure où ceux-ci constituent d'une certaine manière, le « noyau historique » de la justice, ils sont effectivement amenés à couvrir un domaine de compétence beaucoup plus étendu, et des matières subséquentement plus variées et hétéroclites que les autres juges. Il en résulte dès lors une certaine fragilisation de ces magistrats dans leur indépendance, laquelle paraît néanmoins pouvoir trouver un remède dans une spécialisation suffisamment durable au sein des mêmes fonctions.

704. La diversification des fonctions du siège entraîne un affaiblissement du magistrat, à au moins deux égards. De prime abord, elle pénalise le juge qui entend consacrer toute sa vie professionnelle à la carrière judiciaire, dans ce qui assure sa prééminence sur les autres juges, à savoir la possession d'une connaissance approfondie de la fonction de juger. Les magistrats du siège se sont toujours

³⁰⁰¹ C. Cointat, rapport d'information n° 345, *op. cit.*, p. 57.

³⁰⁰² F. Hufstedler, *New blocks for hold pyramids : « Reshaping the judicial system »*, Southern California Law Review, 1971, p. 901. Cité par C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La puissance de juger*, *op. cit.*, p. 15.

³⁰⁰³ Classifications évoquées par C. Cointat, Rapport d'information n° 345, *op. cit.*, p. 56.

distingués, depuis leur apparition initiale au sein de la *Curia regis*, par leur professionnalisme et, plus exactement, par leur maîtrise de cette science spécifique qu'est le droit. Cette réalité a été particulièrement bien mise en exergue au Canada, par le Professeur Rocher. Pour lui : « *Les tribunaux...sont précisément les porteurs symboliques les plus forts de cette autonomie du savoir savant qu'est le droit, beaucoup plus que le législateur qui n'apparaît pas comme tel. (Ils) ont acquis, dans la société occidentale contemporaine, le statut et le prestige qui en font les principaux porteurs symboliques de ce savoir* »³⁰⁰⁴. De l'aveu même de l'Universitaire, cette compétence joue un rôle déterminant dans l'indépendance du juge. Il affirme en effet en ce sens que : « *Cette sacralisation, cette mythologisation du savoir juridique savant constitue assurément le deuxième facteur actif dans le processus de légitimation de l'indépendance judiciaire. Elle est au fondement de la prétention à l'objectivité et à l'impartialité du tribunal, fondées l'une et l'autre sur la logique intrinsèque du savoir juridique* ». Le juge peut à proprement s'affirmer objectif et impartial, ou du moins bénéficier d'une présomption à cet effet : « *parce que le droit est devenu un savoir savant et que les décisions s'appuient sur le droit, en ce que le juge dit le droit* »³⁰⁰⁵. Or, à partir du moment où il est demandé au même juge de connaître de disciplines juridiques aussi différentes que le droit pénal ou le droit des affaires, voire de se faire juge de la constitutionnalité des lois dans le cadre de la Question prioritaire de constitutionnalité, il n'est pas certain qu'il puisse doubler sa vision nécessairement très transversale du droit, d'une approche véritablement approfondie de ce dernier. Mieux encore, ce juge peut tout simplement se trouver pris au dépourvu dès lors que, à l'occasion de l'exercice de fonctions de juge aux affaires familiales ou de la connaissance d'un litige relatif au droit de l'environnement, il doit faire face à des situations qui relèvent souvent moins du droit que de la psychologie ou de l'expertise scientifique.

La diversification des fonctions du siège préjudicie ensuite à l'indépendance du magistrat du siège, en ce qu'elle justifie le développement d'une magistrature généraliste. Or, ainsi que l'ont parfaitement mis en exergue les Professeurs Guarnieri et Pederzoli, cette absence de spécialisation conduit de manière inévitable, à un renforcement du rôle joué par le Pouvoir politique dans la gestion de la carrière et des affectations des magistrats. Selon les deux auteurs : « *les membres du corps sont supposés capables de remplir toutes les fonctions qui correspondent à leur grade et qui peuvent être très variées : pénales, commerciales, familiales, financières...Le magistrat n'est donc pas sélectionné pour une tâche spécifique mais pour un*

³⁰⁰⁴ G. Rocher, *Légitimité et légitimation de l'indépendance judiciaire : un point de vue sociologique*, in Conseil de la magistrature du Québec, *L'indépendance judiciaire...*, op. cit., p. 41.

³⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 42.

*ensemble très large de rôles. Par conséquent, dans sa carrière, il tendra à changer assez souvent de position, ce qui rend son indépendance plus fragile en raison de l'influence de ses supérieurs hiérarchiques – ou, dans certains cas, du gouvernement même – sur les nominations »*³⁰⁰⁶.

705. Dans ce contexte, il est sans doute possible de porter un regard favorable sur la loi organique du 25 juin 2001³⁰⁰⁷ qui, en choisissant de limiter dans le temps certaines fonctions du fait de leur importance ou de leur complexité, a incidemment reconnu l'absence d'homogénéité des fonctions du siège. De manière plus précise, en restreignant au sein d'une même juridiction, à sept ans l'essentiel des fonctions de chef de juridiction, et à dix ans les fonctions de juge d'instruction, de juge à l'application des peines, de juges des affaires familiales et de juge des enfants, elle a implicitement paru inciter les magistrats concernés à ne pas quitter celles-ci avant le terme fixé. Le magistrat ayant conscience de l'impossibilité de pouvoir exercer de nouveau des fonctions analogues dans la même juridiction, mais ayant en revanche l'assurance de pouvoir les conserver à titre inamovible pendant sept ou dix années suivant le cas, celui-ci se trouve *in fine* poussé à une certaine spécialisation. De façon paradoxale, il en va différemment pour celles des autres fonctions du siège, qui ne sont soumises en tant que telles à aucune durée maximale. Le Conseil supérieur de la magistrature avait, il est vrai, dans son rapport annuel d'activité pour 1999, jugé qu'une : « certaine permanence dans l'exercice des fonctions judiciaires apparaît indispensable pour assurer la continuité du traitement des dossiers et permettre au magistrat de s'investir utilement dans son poste, aussi bien par l'acquisition des compétences techniques que par l'établissement de relations professionnelles stables »³⁰⁰⁸. Mais il n'est pas évident que la fixation par cette institution de la « règle des deux ans », en dessous de laquelle il n'est pas permis à un magistrat d'obtenir une mutation ou un avancement, soit pleinement à même d'atteindre l'objectif imparti. Sans doute serait-il alors judicieux de réfléchir à la détermination d'une durée plus longue, et peut-être plus proche de celle regardée comme nécessaire pour permettre de préserver l'indépendance du magistrat vis-à-vis du Pouvoir (cinq, sept, voire dix ans).

³⁰⁰⁶ C. Guarnieri, P. Pederzoli, *op. cit.*, p. 67.

³⁰⁰⁷ Loi n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature.

³⁰⁰⁸ CSM, rapport annuel d'activité 1999, *op. cit.*, p. 61.

2°) La complexification des fonctions du siège

706. Le souhait de voir un magistrat du siège occuper une fonction spécifique pendant une durée suffisante, n'a *a priori* de sens, que dans la mesure où la prise en charge de cette fonction se révèle physiquement et psychologiquement possible. Il s'agit d'ailleurs là indirectement, d'une des multiples raisons qui ont présidé à l'encadrement dans le temps de certaines activités spécialisées, par la loi organique précitée du 25 juin 2001. Comme a pu le noter à ce sujet le Professeur Perrot : « *Ce que la loi ne veut pas, c'est qu'un juge ayant exercé des fonctions d'autorité impliquant de lourdes responsabilités puisse le demeurer sa vie durant au sein d'une même juridiction* »³⁰⁰⁹. Or, cette question de la capacité des magistrats à accomplir pendant une durée relativement conséquente, des fonctions qui impliquent une lourde charge de travail ou qui supposent une expérience ou une technicité approfondies, conserve aujourd'hui toute son acuité. Elle est au demeurant renforcée par la soumission de la magistrature à des objectifs de performance qui, s'ils constituent d'un côté des outils pertinents d'émulation et de responsabilisation pour les magistrats, peuvent au contraire se révéler une contrainte néfaste pour des juges perfectionnistes ou soucieux de garantir au justiciable une gestion personnalisée de son dossier. Conséquence, semble-t-il, de cette complexification croissante des fonctions du siège, l'actualité judiciaire de la fin de l'année 2010 et du début de l'année 2011 a été marquée par l'émergence d'un débat sur les suicides dans la magistrature et, par extension, sur la « *souffrance du travail dans le monde judiciaire* »³⁰¹⁰.

707. A partir du moment où une telle complexité des fonctions du siège se révèle susceptible d'entraîner à une « auto-éviction » du magistrat concerné, il peut paraître opportun et légitime s'interroger sur l'existence d'une violation de l'inamovibilité, par les mesures qui y contribuent. Si un pareil questionnement peut au premier abord sembler étonnant, il convient toutefois d'objecter que celui-ci a déjà connu un précédent sous la Monarchie de Juillet. En l'espèce, l'affaire en cause trouve son origine dans une difficulté des chambres de cours royales de cette époque, à réunir le quorum nécessaire pour pouvoir rendre leurs jugements. Ces formations ne pouvaient en effet connaître des affaires portées devant elles, qu'à la condition de voir siéger en leur sein, sept des magistrats qui leur avaient été affectés en vertu de la décision annuelle de répartition des services. Or, ainsi qu'a pu noter le Professeur

³⁰⁰⁹ R. Perrot, *Institutions judiciaires, op. cit.*, 14e éd., 2010, p. 302.

³⁰¹⁰ AFP, *Les suicides dans la magistrature inquiètent*, Le Figaro, 20 novembre 2010 ; F. Galaud, *Un juge d'instruction s'est suicidé, accablé par le travail*, Le Figaro, 10 février 2011 ; E. Vigouroux, *Suicides dans la magistrature*, Nouvel Obs, 16 février 2011 ; J.-M. Decugis, *Suicide d'un magistrat : la justice se défait*, Le Point, 22 décembre 2011.

Mestre : « *Ce chiffre élevé s'avérait parfois difficile à atteindre, à cause de l'état de santé de certains présidents ou conseillers, des congés ou des absences provoquées par des fonctions politiques concomitantes* »³⁰¹¹. C'est pourquoi, dans un souci de mettre fin au retard engendré par cette situation, vis-à-vis de l'expédition des affaires civiles, une ordonnance royale fut prise le 5 août 1844, afin de prévoir que les magistrats composant les chambres d'accusation devaient en outre assurer le service des autres chambres. Cette mesure qui concernait uniquement les cours royales de province, suscita un vif mécontentement de la part des conseillers concernés, rendus inquiets à la perspective d'un surcroît important de leur charge de travail.

De fait, la Cour royale de Poitiers elle-même, entendit refuser l'exécution de ce texte. Assemblée à l'occasion d'une réunion du 12 août 1844, dont l'objet initial devait être de procéder à la répartition annuelle des services, celle-ci rendit une délibération, dont il appartient de citer trois des principaux attendus : « - *Attendu que l'inamovibilité est une garantie donnée non seulement au magistrat, mais à la société toute entière, que le juge ne pourra être révoqué de ses fonctions, ou atteint dans sa sécurité ou de son indépendance par un acte ou une mesure quelconque du pouvoir ; - Attendu que l'ordonnance du 5 août, portant que les conseillers composant la chambre d'accusation seront en outre attachés, non accidentellement, mais d'une manière permanente, à une autre chambre, soit civile, soit correctionnelle, repose sur ce principe prétendu que le gouvernement a le droit de charger le même conseiller d'un service permanent dans autant de chambres qu'il juge convenable ; - Attendu que cette faculté arbitraire et indéfinie du pouvoir ne serait pas seulement pour lui le droit de faire instantanément d'une chambre une sorte de commission, et de changer de chambre une majorité présumée au moment où surgit une de ces causes célèbres qui commandent l'attention et souvent l'émotion des citoyens, mais celui d'atteindre directement ou indirectement les magistrats d'une chambre en les surchargeant de tant de services permanents qu'ils seraient forcés de plier sous le fardeau et de se retirer* »³⁰¹². En conséquence, la Cour royale concluait à la contrariété de cette ordonnance par rapport à l'article 49 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830, dont la lettre prévoyait que : « *Les juges nommés par le roi sont inamovibles* ».

708. Cette délibération qui, il est vrai, n'était pas sans rappeler les remontrances formulées par les parlements sous l'Ancien Régime, fut immédiatement dénoncée à la Cour de cassation par le procureur général près celle-

³⁰¹¹ J.-L. Mestre, *La prétendue inconstitutionnalité d'une ordonnance de Louis-Philippe en 1844*, in *Mélanges en hommage à Francis Depéree, Itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1038.

³⁰¹² Cour royale de Poitiers, Délibération du 12 août 1844, Recueil Sirey, 1844.I.649.

ci, comme contenant excès de pouvoir. Dans son rapport sur cette affaire, le Conseiller Mesnard, qui se trouvait aussi posséder la qualité de pair du Royaume, vint notamment opposer les arguments suivants : « - *On pourrait se demander jusqu'à quel point les tribunaux peuvent se croire autorisés à supposer qu'une ordonnance ayant pour objet direct de modifier et d'améliorer les règles de service, contient une menace secrète contre l'existence de certains magistrats... - En vérité, de ce que, par suite de l'exécution de l'ordonnance, il peut arriver que quelques magistrats, accoutumés au service pour les besoins de chambres d'accusation, trouveraient que le service plus actif des autres chambres est au-dessus de leurs forces épuisées par l'âge ou les infirmités, a-t-on bien le droit d'en conclure que l'ordonnance n'a d'autre objet que de forcer les magistrats à la retraite ? Une conséquence lointaine et accidentelle de l'ordonnance peut-elle, avec convenance et raison, en être considérée comme but unique ? Ce que l'on a dit à cet égard de l'ordonnance du 5 août, ne le pourrait-on pas dire au même titre de tout règlement qui aurait pour effet, soit d'augmenter le nombre des audiences, soit d'en prolonger la durée ? - Dès qu'une mesure nouvelle tendra à rendre le service des magistrats plus assujettissant ou plus onéreux, pourquoi n'y verra-t-on pas une menace déguisée contre les magistrats à qui l'état de santé interdirait ce surcroît de travail ? ».*

Le rapporteur estimait encore, plus loin dans ses développements, que reconnaître ici l'inconstitutionnalité de l'ordonnance contestée, aboutirait à rendre : « *le pouvoir législatif lui-même impuissant pour remédier aux abus ou aux irrégularités d'un service mal distribué, et pour appeler à des travaux plus actifs les magistrats retranchés dans l'inamovibilité des chambres d'accusation* ». Il achevait alors son propos par une mise en garde en direction des membres de la Cour de cassation : « *Vous examinerez quel peut être le sort d'un argument qui conduit directement à de pareilles conséquences* »³⁰¹³.

Cette mise en garde a semble-t-il été entendue par la Chambre des requêtes qui a jugé, dans un arrêt du 19 août 1844, au moyen d'un attendu particulièrement succinct, que : « *rien dans l'objet que se propose cette ordonnance, non plus que dans ses termes, n'autorise à supposer qu'elle tend indirectement à porter atteinte au principe de l'inamovibilité des magistrats* »³⁰¹⁴. La délibération fut en conséquence annulée pour excès de pouvoir. Reste que les facteurs qui ont contribué au choix de cette solution, apparaissent assez largement comme ceux de leur époque : subalternisation de l'institution judiciaire, réticence vis-à-vis du contrôle de constitutionnalité, et absence de limite d'âge pour l'exercice des fonctions de

³⁰¹³ Conseiller Mesnard, Rapport sur : C.cass., Ch. req., arrêt du 19 août 1844, Recueil Sirey, 1844.I.653-654.

³⁰¹⁴ C.cass., Ch. req., arrêt du 19 août 1844, Recueil Sirey, 1844.I.656.

magistrat. Cent soixante-sept ans plus tard, il ne paraît donc pas totalement inapproprié de penser que cette question devrait appeler une nouvelle réponse. Pour autant, il serait sans doute présomptueux de prédire ici une prise de position favorable du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'Etat sur le sujet, comme l'illustre l'approche réductive dont fait aujourd'hui l'objet l'inamovibilité dans leurs jurisprudences respectives.

La problématique du risque d'éviction, nonobstant la forme pouvant être prise par cette dernière, paraît toutefois mettre le Conseil constitutionnel à l'épreuve de sa propre conception du juge de carrière. En refusant à ce dernier la protection de l'inamovibilité contre des mesures susceptibles de l'acculer à la démission, pour pouvoir échapper à des contraintes professionnelles nuisibles à la sérénité qu'exige nécessairement l'exercice des fonctions juridictionnelles, il n'est pas certain que le Conseil puisse garantir à terme cette vision : *« ambitieuse (de) la stature du juge érigée par la Constitution »*. Comme l'avait en effet relevé le Premier président Canivet, dans son discours prononcé à l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le 9 janvier 2004 : *« Au fil continu de ses décisions le Conseil constitutionnel rappelle que, sauf exceptions limitées, justifiées, proportionnées et contrôlées, la justice est communément rendue en France par des juges de carrière, ayant une formation juridique de haut niveau, dotés d'un savoir-faire professionnel approprié et sélectionnés en fonction de leur capacité à être indépendants et à faire respecter l'égal accès des citoyens à la justice »*. Et l'actuel membre du Conseil constitutionnel de poursuivre : *« Peut-on être plus clair ? Peut-on mieux proclamer que le juge est, ordinairement, dans notre système judiciaire, un juriste accompli en même temps qu'un professionnel formé dans une grande école, protégé par de fortes garanties statutaires, choisi en fonction de sa dimension intellectuelle et morale lui permettant tout à la fois d'imposer son indépendance et de s'obliger à une stricte impartialité »*³⁰¹⁵. Que l'inamovibilité puisse être qualifiée de *« mythe »*, suivant une formule naguère utilisée par le Garde des Sceaux Michel Debré, c'est malheureusement une réalité dont la présente étude a tenté de démontrer le caractère erroné. Mais il serait sans doute dommage qu'il en aille un jour irréfragablement de même, s'agissant de cette figure idéalisée du juge, à laquelle sont traditionnellement renvoyés les magistrats du siège de l'ordre judiciaire.

C . Conclusion de la deuxième partie

709. Au terme des longs développements qui s'achèvent, l'étude de la fonction de l'inamovibilité semble avoir permis d'apporter un éclairage sur la

³⁰¹⁵ G. Canivet, Discours prononcé par le Premier président de la Cour de cassation lors de la rentrée solennelle de début d'année judiciaire, 9 janvier 2004, www.courdecassation.fr.

singularité de cette garantie, et plus précisément sur le schéma de lecture qui sous-tend la compréhension de son utilité dans sa reconnaissance aux magistrats. Parce qu'il est attendu de ces derniers qu'ils contribuent à la distribution d'une justice impartiale, l'inamovibilité a vocation à les faire bénéficier, en sa qualité de protection contre les évictions arbitraires, d'une garantie exorbitante d'indépendance. Et parce que cette garantie exorbitante d'indépendance a également pour particularité de donner à son bénéficiaire, l'assurance d'un maintien tout aussi exorbitant dans la magistrature, l'inamovibilité paraît encore contribuer à promouvoir dans celle-ci, des personnes qui réunissent les plus hautes qualités requises pour l'exercice des fonctions juridictionnelles. L'approche dynamique de l'inamovibilité propose ainsi un modèle de garantie d'impartialité fondé sur une interaction, constante et circulaire, entre le souci d'asseoir l'indépendance du magistrat impartial (1°), et la nécessité corrélative de veiller à ce que le titulaire de cet emploi réponde bien à cette exigence d'impartialité (2°).

1°) Une garantie d'indépendance du magistrat impartial

710. Il est indéniable qu'une fois l'inamovibilité mise à nue, dégagée de la représentation sacralisée et des nombreux préjugés qui l'ont accompagnés au cours de son histoire, il serait erroné de continuer à regarder celle-ci comme un synonyme de l'indépendance du magistrat. Elle en est un élément important, mais elle ne la résume pas. Ainsi que cela a été souligné dans le corps de la présente étude, il est juste de reconnaître que sa « portée...est indirectement commandée » par d'autres facteurs, qu'il s'agisse d'impératifs qui la contraignent, tels que l'exercice de la souveraineté ou la continuité de l'Etat et du service public de la justice, ou qu'il s'agisse d'autres garanties « qui en sont le complément indispensable (comme), d'une part l'avancement, et d'autre part la discipline »³⁰¹⁶. De même, il est dans une certaine mesure exact d'admettre que : « Entre la situation du juge (inamovible) et du fonctionnaire révocable, il n'y aurait qu'une différence de degré »³⁰¹⁷. Le renforcement progressif des garanties statutaires attribuées aux diverses catégories d'agents publics, a inéluctablement contribué à faire de l'inamovibilité une garantie intermédiaire, dans l'échelle des garanties d'éviction qui s'étend de la révocabilité *ad nutum* des titulaires d'emplois à la disposition du Gouvernement, jusqu'à l'irrévocabilité de droit des membres du Conseil constitutionnel.

711. Reste que la singularité de l'inamovibilité, conçue en sa qualité de garantie contre le risque d'éviction arbitraire, ne saurait être négligée. Celle-ci repose

³⁰¹⁶ Question n° 5 : « La définition de l'indépendance de la justice », in AHJUCAF, *L'indépendance de la justice*, op. cit., www.ahjucaf.org.

³⁰¹⁷ E. Ducom, op. cit., p. 132.

sur la position d'une exception expresse au principe cardinal du droit commun de la fonction publique, suivant lequel l'éviction : « *ne peut être faite en principe que par l'autorité qui a fait la nomination* ». Or, cette entorse se révèle d'autant plus importante qu'elle se rapporte à un principe en quelque sorte immanent, dont le Doyen Duguit affirmait en 1903 : elle « *n'est sans doute formulée nulle part ; mais elle est logique, et admise d'une manière unanime et définitive dans la doctrine et la jurisprudence* »³⁰¹⁸. Dans ces conditions, si l'inamovibilité peut certes être envisagée comme un ensemble de règles procédurales spéciales en matière d'éviction, elle reste avant toute une « *Prohibition, une interdiction* »³⁰¹⁹ d'immixtion, formulée à l'endroit du Pouvoir et de l'autorité de nomination. Elle s'analyse mieux encore, comme la garantie par laquelle le Pouvoir politique lui-même, intervenant en sa qualité de Constituant ou de législateur organique pour les magistrats du siège de l'ordre judiciaire, choisit formellement de renoncer à l'exercice de son pouvoir d'éviction par le biais de ses organes constitués. Elle a donc vocation à promouvoir, en droit, une plus grande indépendance des magistrats, par la suppression du pouvoir d'éviction traditionnellement dévolu au Pouvoir politique.

Cette première spécificité vis-à-vis du droit commun de la fonction publique, loin de suffire à qualifier l'inamovibilité dans la fonction que lui assigne son application à la magistrature du siège, se double d'une seconde particularité par rapport à l'irrévocabilité de droit. Soustrait à une compétence de principe du Pouvoir politique en matière d'éviction, le magistrat inamovible est également protégé contre des immixtions intempestives et arbitraires de celui-ci, qui trouveraient leur justification dans la situation d'impunité et d'immobilité que lui conférerait « indûment » un statut irrévocable. En effet, l'inamovibilité repose également sur un transfert de la compétence d'éviction à une autorité distincte du Pouvoir politique, répondant à des exigences élevées d'indépendance et d'impartialité. C'est ainsi que le pouvoir de prononcer des sanctions se trouve traditionnellement confié, en France et dans les pays européens continentaux, à un organe juridictionnel. Il s'agit alors de l'inamovibilité juridictionnelle. Suite à l'affaire dite d'« *Outreau* », la décision par laquelle la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature a prononcé une « *réprimande avec instruction au dossier* » à l'encontre du juge d'instruction Fabrice Burgaud, a ainsi permis de rappeler de nouveau l'intérêt d'une telle garantie. Au regard du caractère particulièrement sensible de l'affaire à l'origine de la procédure disciplinaire³⁰²⁰, et du contexte institutionnel et politique passionné dans

³⁰¹⁸ L. Duguit, *Etudes de droit public...*, *op. cit.*, p. 576.

³⁰¹⁹ C.-G. Gour, *op. cit.*, p. 336.

³⁰²⁰ L. de Charette, *Outreau : le rapport qui accuse le juge Burgaud*, Le Figaro, 28 janvier 2009 ; L. de Charette, *Outreau : le juge Burgaud comparait devant le CSM*, Le Figaro, 2 février 2009 ; *Un an d'exclusion requis contre le juge Burgaud*, Le Monde, 6 février 2009 ; L. de Charette,

lequel celle-ci s'est déroulée³⁰²¹, une hypothétique compétence de l'autorité de nomination se serait assez certainement traduite par le prononcé d'une sanction exemplaire. Il appartient d'ailleurs de relever, à l'appui de cette opinion, que la Chancellerie avait plaidé pour une « *exclusion temporaire des fonctions pour une durée d'un an, avec privation totale ou partielle de traitement* »³⁰²². De la même manière, dans son acception la plus stricte, la règle du consentement préalable à une nouvelle affectation, revient au final à confier au magistrat lui-même, le pouvoir de juger de l'opportunité d'un tel déplacement. Il est alors question d'inamovibilité de résidence. Mais, ainsi que cela a été souligné à l'occasion de développements antérieurs, cette protection contre les mutations arbitraires a progressivement été atténuée dans son intensité, au profit d'une intégration au sein d'un ensemble plus large, reposant sur une intervention significative du Conseil supérieur de la magistrature. Sous l'influence du droit européen et du droit comparé, cette dernière institution semble en effet s'imposer, dans ses attributions non juridictionnelles, comme le principal gardien de la magistrature assise contre les mesures d'évictions qui ne revêtent pas le caractère d'une sanction.

La conjugaison de ces deux premières caractéristiques en emporte une dernière, dont la présente partie a permis de révéler l'importance. Celle-ci tient aux relations entre cette garantie et l'irrévocabilité de fait, protection qui résulte d'une abstention bienveillante de l'autorité d'éviction dans l'exercice de ses attributions. En effet, si l'inamovibilité présente une plus-value relative lorsque le bénéficiaire d'une irrévocabilité de fait jouit, en droit, d'une protection comparable ou supérieure à celle qu'elle confère, il en va différemment dès lors qu'existe un écart significatif entre cette irrévocabilité et le statut dont jouit effectivement l'agent intéressé. C'est

Exclusion d'un an requise contre le juge Burgaud, Le Figaro, 6 février 2009 ; L. de Charette, *Exclusion d'un an requise contre le juge Burgaud*, Le Figaro, 6 février 2009 ; *Le juge Burgaud protégé depuis samedi*, Nouvel Obs, 6 février 2009 ; O. Millot, *Un an de suspension réclamé contre le juge d'Outreau*, Libération, 7 février 2009 ; S. Bouniot, *Le juge Burgaud victime de son audience*, L'Humanité, 8 février 2009 ; B. H., « *Une sanction qui va mécontenter tout le monde* », Le Figaro, 24 avril 2009 ; L. de Charette, *Outreau : le juge Burgaud écope d'un blâme*, Le Figaro, 24 avril 2009 ; AFP, *Affaire Outreau : la polémique enfle après la « réprimande » infligée au juge Burgaud*, Le Monde, 25 avril 2009 ; A. Salles, *Le juge Fabrice Burgaud écope de la sanction disciplinaire la plus faible*, Le Monde, 25 avril 2009.

³⁰²¹ L. de Charette, *Vingt ans de critiques contre le juge d'instruction*, Le Figaro, 6 janvier 2009 ; G. Perrault, *Sarkozy et les magistrats : six ans de rapports compliqués*, Le Figaro, 21 avril 2009 ; A. Salles, *La responsabilité des juges remise en avant*, Le Monde, 22 avril 2009 ; L. de Charette, *Bientôt un texte sur la responsabilité des juges*, Le Figaro, 22 avril 2009 ; L. de Charette, *Des soupçons de corporatisme et de politisation pèsent sur le CSM*, Le Figaro, 24 avril 2009 ; A. Salles, *Le Conseil supérieur de la magistrature attend sa réforme dans un climat tendu avec le pouvoir*, Le Monde, 11 juin 2009 ;

³⁰²² Cette sanction figure au sixième niveau (4° bis) de l'échelle des neuf sanctions prévues par l'article 45 de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958. La sanction effectivement prononcée à l'encontre de Fabrice Burgaud, figure en revanche au premier niveau (1°) de cette liste.

ainsi que, bien que l'inamovibilité « *coutumière* » des membres du Conseil d'Etat ait pu se révéler en pratique, plus protectrice que l'inamovibilité constitutionnelle des magistrats du siège de l'ordre judiciaire, elle est restée de tout temps tributaire de la bonne volonté du Pouvoir, dont les textes continuent à affirmer la compétence. Or, même si elle ne concerne pas précisément l'inamovibilité, la récente actualité de la Cour des comptes est encore venue illustrer la fragilité attachée à de telles garanties de fait. Passant outre un avis défavorable du premier président de la Cour des comptes, le Président de la République a en effet choisi de nommer, en septembre 2011, une des ses anciennes collaboratrices aux fonctions de conseiller maître. Cet évènement a été vivement dénoncé par l'Association des magistrats et anciens magistrats de la Cour des comptes, dont le Président, Jean-Luc Lebuy, a évoqué un acte « *inhabituel, inconvenant et choquant* ». Selon les termes employés par celui-ci, cet acte : « *témoigne d'un inquiétant manquement aux principes qui régissent depuis des décennies le fonctionnement d'une juridiction indépendante* », dans la mesure où : « *C'est la première fois que l'on passe outre à un avis défavorable, qui est lui-même exceptionnel* ». Mais, comme il l'a lui-même reconnu au final, cette nomination « *est juridiquement régulière* », l'avis du premier président étant simplement consultatif³⁰²³. L'illustration qu'a pu donner cet épisode de la fragilité d'une règle de fait concernant les nominations à la Cour des comptes, est d'autant plus intéressante, qu'elle tranche singulièrement avec une autre nomination intervenue en février 2010, et qui a au contraire vu l'inamovibilité de droit des magistrats financiers mise à l'honneur. En effet, lorsque le Député socialiste Didier Migaud a été nommé à la présidence de la Cour des comptes par le Président Sarkozy, la presse a unanimement pris soin de saluer l'inamovibilité dont celui-ci bénéficierait dans ses nouvelles fonctions³⁰²⁴. A une question posée à l'occasion d'un entretien au quotidien Le Monde : « *En acceptant d'être nommé premier président...par Nicolas Sarkozy, n'avez-vous pas l'impression d'être pris en otage ?* », l'ancien parlementaire répondit lui-même : « *Je ne raisonne pas comme cela car présider la Cour des comptes n'est pas une fonction politique. C'est une*

³⁰²³ AFP, *Nomination contestée d'une conseillère à la Cour des comptes*, Le Monde, 19 septembre 2011.

³⁰²⁴ « *Le nouveau premier président, magistrat inamovible* » (AFP, Migaud : « *Il sera difficile de succéder à Séguin* », Nouvel Obs, 24 février 2010) ; « *Le nouveau premier président, un magistrat inamovible* » (Didier Migaud, un socialiste aux manettes de la Cour des comptes, Le Point, 23 février 2010) ; « *Dans l'entourage de Didier Migaud, on insiste sur le caractère « inamovible et indépendant » du premier président de la Cour des comptes* » (C. Meeus, *Un président nommé Didier Migaud*, Le Figaro, 26 février 2010) ; « *Inamovible, il devrait en principe rester à la tête de la Cour des comptes jusqu'à l'âge de 69 ans* » (Didier Migaud est nommé Premier Président, Courrier des maires, 23 février 2010) ; « *Didier Migaud quitte désormais les rives de la politique pour l'une des plus hautes fonctions de l'Etat où il est inamovible jusqu'à 69 ans, âge de la retraite à la Cour des comptes* » (C. Rouden, *Didier Migaud, un socialiste consensuel à la tête de la Cour des comptes*, La Croix, 23 février 2010).

fonction indépendante et inamovible...Le premier président de la Cour des comptes n'est pas dans la situation d'un ministre qui doit adhérer à la politique gouvernementale et est révocable du jour au lendemain. C'est un magistrat »³⁰²⁵.

2°) Une garantie de promotion d'un magistrat impartial

712. L'opposition qu'opérait ici le nouveau Premier président de la Cour des comptes, entre l'état d'esprit de celui qui accède aux fonctions de magistrat inamovible, et celui qui devient ministre au sein d'un gouvernement, mérite d'être mis en exergue. Comme l'affirmait le Premier président de la Cour d'appel de Paris, Raymond-Théodore Troplong, au lendemain de la Révolution de Juillet 1848 : « *Il y a bien des manières de comprendre la politique ; il n'y a qu'une manière d'entendre la justice et de rester dans la ligne précise du droit* ». Et le futur Premier président de la Cour de cassation, d'ajouter alors : « *La religion du droit est si grande en France, le besoin de la justice si profond, que (les) sentiments (politiques) protègent les magistrats qui en sont les ministres* »³⁰²⁶. Dès lors, nul doute. Ce qui est attendu d'une personne amenée à servir, surtout à titre professionnel, une institution qui a pour finalité intrinsèque la distribution d'une justice impartiale, c'est qu'elle se comporte elle-même avec impartialité. Pour reprendre les propos du Conseiller d'Etat Bernard Stirn, cette exigence soulève, au-delà d'une approche qui conduirait à réduire l'impartialité au rang d'un simple outil de mesure au service de la technique contentieuse, une question de confiance. Selon lui : « *Il s'agit d'abord de la confiance des magistrats en eux-mêmes, au regard des autres institutions, devant les médias et aussi face à une opinion publique qui cherche un juge mais voudrait un verdict. Il s'agit aussi de la nécessaire confiance entre justice et politique* »³⁰²⁷.

713. Or, parce qu'en offrant aux magistrats une protection exorbitante contre le risque d'éviction arbitraire, l'inamovibilité donne à ceux-ci une assurance toute aussi exorbitante de maintien dans la magistrature, cette garantie paraît s'inscrire dans une logique de « tout ou rien » vis-à-vis de cette recherche d'impartialité. L'examen de son histoire hexagonale ne l'a que trop illustré : accordée à des personnes qui ne réunissent pas les qualités requises pour rendre la justice, l'inamovibilité se révèle la source du plus grand mal. A la fin du XIXe siècle, celle-ci avait été à tel point détournée de sa finalité par la somme des régimes qui s'étaient

³⁰²⁵ D. Migaud (propos recueillis par F. Fressoz, *La politique n'est pas un champ de bataille*, Le Monde, 28 février 2010).

³⁰²⁶ R.-T. Troplong, Discours prononcé devant la Cour d'appel de Paris, *Revue de législation juridique*, Wolowski, 1848, pp. 312-313. Cité in R. Warlomont, *op. cit.*, p. 98.

³⁰²⁷ B. Stirn, *Les frontières de l'autorité*, in R. Fauroux (dir.), *Notre Etat*, Robert Laffont, Paris, 2000, p. 181.

succédés depuis la Révolution française, que Jules Ferry s'en était lui-même ému à la tribune de la Chambre des députés. Lors des travaux préparatoires à la loi du 30 août 1883, le Président du Conseil avait insisté sur la nécessité de mettre un terme à l'entretien d'une magistrature politisée, dont le bénéfice de l'inamovibilité avait démontré et amplifié le caractère préjudiciable. Appelant à une nouvelle épuration de la magistrature, justement rendue nécessaire par l'instrumentalisation de cette garantie, il avait immédiatement pris soin d'affirmer : « *Est-ce à dire que nous allons travailler à la création d'une magistrature qui ferait de la politique sur le siège ? Il est insensé de poursuivre un pareil idéal, de chercher à former de nos mains une magistrature militante. Mais au bout de quelques temps, cette magistrature militante, quoique républicaine, susciterait dans le pays un mouvement de réaction semblable à celui qui emporte, à l'heure qu'il est, la magistrature militante du passé !... Nous demandons des magistrats respectueux des institutions républicaines, non des magistrats de combats* »³⁰²⁸.

En sens inverse, attribuée à des personnes qui conjuguent toutes les vertus requises pour l'exercice impartial des fonctions juridictionnelles, l'inamovibilité est susceptible d'apparaître comme la source du plus grand bien. L'attention qu'il appartient d'attacher à la promotion de tels profils, se révèle, d'ailleurs, d'autant plus importante que le vivier des personnes aptes à rendre une justice impartiale apparaît limité. Déjà en 1830, dans son roman *L'interdiction*, Honoré de Balzac avait opéré le constat suivant : « *La France a besoin d'environ six-mille juges ; aucune génération n'a six-mille grands hommes à son service, à plus forte raison ne peut-elle les trouver pour sa magistrature* »³⁰²⁹. Cent quatre-vingt années plus tard, il semble qu'une telle assertion n'ait aucunement perdu de son acuité. Ceci est d'autant plus vrai dans le cas précis de la France, que le recrutement des magistrats de carrière s'effectue de manière précoce et pour une très longue durée. Comme le soulignent à cet égard en 2009, Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, André Varinard et Thierry Debard : « *pour près de 8000 magistrats de l'ordre judiciaire tout s'est joué à 25 ans (parfois moins) et pour 40 ans* »³⁰³⁰.

714. Dans ces conditions, et sauf à ce que l'Etat choisisse d'ignorer la mission spécifique et irréductible qui justifie son existence et fonde sa légitimité, à savoir assurer la paix publique, il lui revient de veiller à ce que l'inamovibilité ne se

³⁰²⁸ Extrait d'un discours prononcé par Jules Ferry, lors des travaux préparatoires à la loi du 30 août 1883. Cité in : J.-P. Royer, *La société judiciaire du XVIIIe siècle*, PUF, Paris, 1979, p. 315.

³⁰²⁹ H. de Balzac, *L'interdiction*, (Œuvres de H. de Balzac, t. 2, Meline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1837, p. 826.

³⁰³⁰ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions...*, Dalloz, Précis Dalloz, 10^e éd., 2009, p. 175.

départisse pas de la poursuite de cette finalité. Ce faisant, cette garantie contribue directement et indirectement à promouvoir dans la magistrature, un personnel de qualité. De manière négative, elle est une incitation de l'Etat à prendre toutes les mesures complémentaires de nature à permettre que, pendant toute la durée de son parcours professionnel au sein de la carrière judiciaire, le magistrat ne perde jamais de vue la mission qui lui est impartie. La préservation de la fonction de l'inamovibilité passe donc aussi bien par encadrement suffisant des modalités de recrutement initial des magistrats, que par celui des différents aspects de sa carrière au service de l'ordre judiciaire. De manière positive, l'inamovibilité ressort elle-même comme un instrument d'entretien d'une magistrature exemplaire, du point de vue de l'impartialité. Elle est d'abord, par le haut degré de protection qu'elle offre, une invitation faite aux magistrats les plus compétents à ne pas se détourner de la carrière judiciaire. Comme prenait soin de l'affirmer en ce sens, toujours en 1848, le Premier président Troplong : « *La France n'a pas pensé que la justice fut chose si mobile, et l'art de la rendre chose si facile et si commune, qu'elle pût trouver une magistrature de rechange pour chaque éventualité politique et pour chaque période critique* »³⁰³¹. Mais l'inamovibilité est encore, dans une acception plus large, une invitation à porter un jugement permanent sur l'action du magistrat : jugement par les pairs, dans le cadre de la garantie juridictionnelle et du rôle croissant du Conseil supérieur de la magistrature en matière d'éviction ; jugement introspectif, s'agissant de la garantie de résidence et de l'idée de responsabilisation. C'est bien parce l'inamovibilité des magistrats rejoint cet axiome biblique suivant lequel, être juge, c'est être jugé, qu'elle ne saurait être confondue avec l'irrévocabilité de droit. Mais c'est aussi parce que, ce faisant, elle constitue un appel constant à la perfection, qu'elle est susceptible de trouver sa plus belle expression dans une irrévocabilité de fait de ses bénéficiaires.

³⁰³¹ R.-T. Troplong, Discours prononcé..., *op. cit.*, pp. 312-313. Cité in : R. Warlomont, *op. cit.*, p. 98.

CONCLUSION GENERALE

715. Conclure cette étude sur *L'inamovibilité des magistrats* passe, semble-t-il, par l'adhésion liminaire à un constat que formulait déjà le Professeur Durkheim à la fin du XIXe siècle. Selon le Sociologue : « *Il n'y a pas d'institution qui, à un moment donné, ne dégénère, soit qu'elle ne sache pas changer à temps pour s'accommoder à de nouvelles conditions d'existence, soit qu'elle se développe dans un sens unilatéral, outrant certaines de ses propriétés, ce qui la rend malhabile à rendre les services dont elle a la charge* »³⁰³². Loin de constituer une exception à ce phénomène, l'inamovibilité a été profondément marquée par la progression du cours de l'histoire, et par les nombreux changements qui ont façonné son environnement. Lorsque l'ordonnance royale du 21 octobre 1467 est initialement venue consacrer cette garantie, le Moyen Âge qui avait encore été l'époque des justices seigneuriales, était arrivé à son terme depuis seulement quatorze ans. Cinq siècles plus tard, au moment de la rédaction de la présente étude, la réalité de la France est celle d'un Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme et justiciable de la Cour du même nom. Ce phénomène naturel sinon prévisible s'est en outre doublé, s'agissant précisément de l'inamovibilité, des conséquences de la relation étroite qu'elle entretient depuis toujours avec la magistrature assise ; celle dont les Professeurs Barthélémy et Duez affirmaient qu'elle pouvait : « *être considérée comme incarnant le pouvoir judiciaire* »³⁰³³. Cette garantie que les parlements d'Ancien Régime avaient entendu ériger au rang de loi fondamentale du Royaume à la veille de la Révolution française, est devenue à la fois le symbole et l'otage du conflit pluriséculaire qui a opposé l'institution judiciaire et le Pouvoir politique, et qui s'est traduit, après 1789, par une subalternisation pérenne du premier.

716. Mais, pour rejoindre de nouveau le raisonnement du Professeur Durkheim, le constat de la dégénérescence d'une institution peut sans doute : « *être une raison pour chercher à la réformer, non pour la déclarer à tout jamais inutile et la supprimer* »³⁰³⁴. Tel est l'objet que s'est donné la présente étude, dans sa seconde partie, avec la conduite d'une réflexion sur la fonction de l'inamovibilité. Que cette dernière souffre encore des stigmates d'une histoire mouvementée, qui perdure à

³⁰³² E. Durkheim, *Leçons de sociologie*, PUF, Quadrige, Paris, 4^e éd., 2003, p. 61.

³⁰³³ J. Barthélémy, P. Duez, *op. cit.*, p. 854.

³⁰³⁴ E. Durkheim, *Leçons...*, *op. cit.*, p. 61.

travers une « conception française » des rapports entre la justice et le Pouvoir, c'est une chose. Mais que la réalité qui en découle doive obligatoirement être regardée comme une réalité de droit positif, sur laquelle il serait interdit de revenir faute d'une intervention des pouvoirs publics compétents, cela en est incontestablement une autre. Cette différence n'a pas échappé à la Commission de Venise qui, dans son rapport des 12 et 13 mars 2010 sur *L'indépendance des juges*, n'a pas manqué de rappeler à titre liminaire, que : « *Dans beaucoup de pays, l'expérience a montré que les meilleures règles institutionnelles ne pouvaient rien sans la bonne volonté des personnes chargées de leur mise en œuvre* ». Cette instance du Conseil de l'Europe en a alors logiquement déduit, par suite, qu'il : « *est donc au moins aussi important d'appliquer les normes en vigueur que de déterminer quelles nouvelles normes il y aurait lieu de mettre en place* »³⁰³⁵. La garantie de l'inamovibilité, forte de sa longévité et de son assise constitutionnelle, fait justement partie de ces règles qui mériteraient d'être véritablement appliquées, avant qu'il soit suggéré de les remplacer. Dans son cas, une telle mise en œuvre implique nécessairement de la réorienter par rapport à sa finalité véritable, à savoir, s'agissant d'une garantie reconnue à des personnes chargées de rendre une justice impartiale, le service d'un magistrat possédant lui-même cette vertu. Or, force est de constater que cette exigence d'impartialité est à la base de la définition même du juge et de l'institution de justice, et constitue une obligation historique de l'Etat. Force est également de souligner qu'elle correspond à une réalité contemporaine, à laquelle n'échappe pas la France, notamment marquée par un *judiciarisation* croissante des rapports sociaux et une diffusion irrésistible des principes du droit européen.

717. Reste qu'en l'absence même d'une véritable réformation de l'inamovibilité, tributaire d'une volonté politique en ce sens, il serait erroné de sous-estimer la valeur que conserve cette garantie. Au XIXe siècle, à une époque où l'inamovibilité souffrait de toutes les distorsions, deux hauts magistrats réputés pour leur indépendance de caractère avaient défendu une position analogue. A la fin de sa plaidoirie en faveur de *L'inamovibilité des juges*, publiée au lendemain de la Révolution de Février 1848, Charles-Guillaume Hello concluait : « *On dit que l'inamovibilité ne donne pas nécessairement l'indépendance, et qu'il s'est vu des juges inamovibles travaillés par l'ambition ? Les censeurs à qui nous répondons voudront-ils bien nous dire où est l'institution positive qui guérit l'homme de toutes ses infirmités, et nous expliquer comment, de ce que l'homme est faible, ils concluent qu'il ne lui faut aucun appui ? La question n'est pas s'il suffit d'être inamovible pour n'être plus tenté ; mais si le juge intègre que l'on tente n'est pas fortifié par*

³⁰³⁵ Commission de Venise, Rapport n° CDL-AD (2010) 004 sur l'indépendance du système judiciaire. Partie I : l'indépendance des juges, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 12-13 mars 2010, § 10.

*l'inamovibilité. Pour que l'institution soit bonne, s'est assez qu'elle produise son effet sur une âme honnête ; il n'est pas absolument nécessaire qu'elle détruise jusqu'à la possibilité du mal »*³⁰³⁶. Le Conseiller Féraud-Giraud ne raisonnait pas autrement sous le Second Empire, écrivant dans le *Dictionnaire général de la politique* de 1864 : « *dit-on, l'inamovibilité ne donne pas nécessairement l'indépendance ; le désir d'avancer chez le juge remplace la crainte de perdre. Cela fût-il toujours exact, l'inamovibilité n'en serait pas moins une garantie complète, qu'il serait utile de la conserver comme contribuant dans une certaine mesure à l'indépendance du juge et de ses décisions...et je ne pense pas que cette indépendance eût beaucoup à gagner à la suppression de cette garantie »*³⁰³⁷. Concrètement et au-delà de toute autre considération, l'inamovibilité demeure, a minima, une garantie tout à la fois réelle (A) et symbolique (B).

A . Une garantie réelle

718. Les Professeurs Solus et Perrot, dans leur souci d'apporter une réponse sans appel à ceux qui, parmi les détracteurs de l'inamovibilité, préconisaient sa suppression, opinait en ces termes : « *L'inamovibilité des magistrats du siège...constitue...une garantie de l'indépendance des juges...C'est un bien que l'on apprécie spécialement quand on l'a perdu »*³⁰³⁸. Un demi-siècle plus tard, l'argument n'a rien perdu de sa vigueur, et il semble même possible d'aller plus loin, en affirmant que c'est également une garantie appréciée quand « *on* » ne la possède pas, lorsqu'« *on* » ne possède que celle-ci, et dès lors que l'« *on* » échoue à l'atteindre.

719. L'inamovibilité peut tout abord apparaître comme une protection enviable, pour des catégories d'agents exclus du bénéfice du système de carrière et des garanties statutaires afférentes, en raison de l'occupation de fonctions impliquant leur soumission au contrôle étroit du Pouvoir. Tel est principalement le cas de ceux qui prennent en charge des emplois laissés à la décision du gouvernement, en application du 11 janvier 1984. En effet, bien qu'ils exercent comme les magistrats du siège de l'ordre judiciaire, des attritions qui ont trait à la souveraineté, ils demeurent pour leur part « *essentiellement révocables »*³⁰³⁹. L'étude de la situation

³⁰³⁶ C.-G. Hello, *De l'inamovibilité des juges dans ses rapports avec le gouvernement républicain*, Revue de législation et de jurisprudence, mai-août 1848, pp. 26-27.

³⁰³⁷ L.-J.-D. Féraud-Giraud, *Inamovibilité*, in M. Block, *Dictionnaire général de la politique*, t. 2, O. Lorenz, Paris, 1862, p. 67.

³⁰³⁸ H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 1, Sirey, Paris, 1961, pp. 663 et 667.

³⁰³⁹ Article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, JO du 12 janvier 1984, p. 271. Il convient de souligner à cet égard que le Conseil constitutionnel, amené à statuer sur la Constitutionnalité de cet article, à l'occasion d'une

des membres du corps préfectoral offre, à cet égard, un bon éclairage. Selon les statistiques établies par l'Observatoire de la vie politique et parlementaire, seul huit territoires sur l'ensemble des départements métropolitains et des collectivités d'Outre-mer, n'ont pas fait l'objet d'un changement de préfet au cours de la période comprise entre les mois de mai 2007 et de février 2009³⁰⁴⁰. Ces chiffres, bien que conséquents, peuvent bien entendu être relativisés, dans la mesure où une partie de ces modifications ne revêt pas un caractère politique. Des changements ont effectivement résulté de l'atteinte de la limite d'âge, ou du renouvellement périodique des cadres préfectoraux. Cependant, des mutations intervenues au début de l'année 2009³⁰⁴¹, ont engendré une vive polémique au sein même de la classe politique, largement relayée dans la presse et l'Opinion publique. Des élus de l'Opposition y ont vu tour à tour « *le fait du prince dans son arbitraire* », l'utilisation des représentants de l'Etat « *comme si on utilisait un kleenex* », l'ancien Premier ministre Laurent Fabius était allé jusqu'à affirmer que : « *Les préfets, bien sûr, sont à la disposition du gouvernement mais on ne peut virer un préfet qui n'a pas commis de faute* »³⁰⁴². La crainte d'un retour à la catégorie purement sémantique des « *emplois à la discrétion du gouvernement* », a d'ailleurs pu être renforcée par la survenance, deux mois à peine après ces événements, d'un arrêt du Conseil d'Etat prévoyant que la décision de mettre fin aux fonctions d'un sous-préfet, n'avait pas à être motivée³⁰⁴³. Or, il semblait jusqu'alors acquis, d'après la jurisprudence de cette juridiction, que l'inapplicabilité de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation

question prioritaire de constitutionnalité qui dénonçait sa contrariété à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, a écarté ce grief et a jugé *in fine* que : « *la disposition contestée n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit* ». Voir : CC, décision n° 2010-94 QPC du 28 janvier 2011, « *M. Robert C. [Nomination aux emplois supérieurs de la fonction publique]* », cons. 5.

³⁰⁴⁰ Les départements du Morbihan, de l'Ille-et-Vilaine, de l'Oise, du Puy-de-Dôme, de la Gironde, du Gard, de l'Aude, et de la Réunion. Statistiques de l'Observatoire de la vie politique et parlementaire, Dossiers des 17 et 20 février 2009, www.vielocale-viepublique.fr.

³⁰⁴¹ Mutation du Préfet de la Manche, Jean Charbonniaud, décidée le 28 janvier 2009, et mutation du Directeur départemental de la sécurité publique de la Manche, intervenue le 29 janvier 2009. Ces mesures ont fait suite à des manifestations survenues lors du déplacement du Président de la République à Saint-Lô, le 12 janvier 2009.

³⁰⁴² B. Hugues, *Un préfet muté après une visite présidentielle chahutée*, Le Figaro, 28 janvier 2009 ; AFP, *Un préfet muté après la visite chahutée de Sarkozy à Saint-Lô*, Le Monde, 28 janvier 2009 ; AFP, *Saint-Lô : après le préfet, le patron de la police « sanctionné »*, Le Monde, 9 janvier 2009 ; AFP, *Nombreuses contestations après les mutations administratives de la Manche*, Le Monde, 30 janvier 2009 ; AFP, *Polémique après la mutation du préfet de la Manche*, Libération, 30 janvier 2009 ; AFP, *Ils ont eux aussi été virés par Sarkozy*, Libération, 30 janvier 2009 ; S. Landrin, *Nicolas Sarkozy invoque de Gaulle pour justifier sa pratique du pouvoir*, Le Monde, 7 février 2009 ; I. Mandraud et A. Leparmentier, *Mobilité : le club des limogés de M. Sarkozy*, Le Monde, 8 février 2009 ; P. Roger, *Préfets : l'ampleur de la valse est inédite*, Le Monde, 19 février 2009.

³⁰⁴³ CE, arrêt du 23 avril 2009, « *M. Guigue* », Req. n° 316862, concl. I. de Silva, AJDA, 13 juillet 2009, pp. 1373-1376.

des actes administratifs, concernait uniquement les emplois « *essentiellement révocables* » dont ne font pas partie les fonctions de sous-préfet.

Outre les titulaires d'emplois à la décision du gouvernement, cette infériorité statutaire touche également, de façon beaucoup plus emblématique, le corps judiciaire lui-même, et plus précisément sa composante du parquet. Des développements ont déjà été consacrés à cette question dans au sein de la présente étude, de sorte qu'il convient seulement d'y revenir de manière succincte. Les membres du ministère public continuent à souffrir à ce jour, contre le risque d'éviction arbitraire, d'une protection largement inférieure à celle offerte par l'inamovibilité. C'est ainsi qu'ils ne bénéficient ni de la garantie juridictionnelle, ni de la garantie de résidence, tandis qu'ils sont placés en droit « *sous l'autorité du garde des Sceaux* »³⁰⁴⁴, et en pratique, par l'effet du régime présidentiel, sous celle du chef de l'Etat. Michel Jeol pouvait dans ces conditions donner, à la fin des années 1990, cet exemple « kafkaïen » d'une affaire dans laquelle : « *le procureur de la République a dû se prononcer sur l'opportunité d'une poursuite visant le Premier ministre alors que le garde des Sceaux lui avait fait part, quelques semaines plus tôt, de son intention de mettre fin à ses fonctions* »³⁰⁴⁵. Or, la récente actualité judiciaire a encore paru illustrer la faiblesse de cette position, à propos de l'éventualité d'une mise en examen du Procureur de la République près le Tribunal de Nanterre, Philippe Courroye. Ce dernier ayant accordé un entretien au journal Le Figaro, dont la retranscription a été publiée dans l'édition du 30 septembre 2011, il lui a été ouvertement posé la question de savoir s'il démissionnerait de ses fonctions en cas de survenance de cet évènement³⁰⁴⁶. Si la réponse donnée fut négative, cette interrogation n'en demeure pas moins symptomatique du regard actuellement porté sur le ministère public. Poussée à son terme, cette logique impliquerait qu'un « *parquetier* » mis en examen démissionne « *au nom de la morale républicaine* », rejoignant ainsi la doctrine « Bérégovoy-Balladur » qui en avait imposé l'obligation aux membres du Gouvernement, jusqu'à son abandon en 2007³⁰⁴⁷.

720. L'inamovibilité constitue ensuite une garantie non négligeable pour des catégories d'agents qui, bien qu'exerçant des fonctions impliquant un certain degré d'indépendance, relèvent du système d'emploi et non de carrière. Tel est notamment

³⁰⁴⁴ Article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature.

³⁰⁴⁵ M. Jeol, *Mauvaises et bonne raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel*, Justices, n° 3, 1996, p. 70.

³⁰⁴⁶ P. Courroye (propos recueillis par S. Durand-Souffland), « *On veut me transformer en délinquant pour me nuire* », Le Figaro, 30 septembre 2011.

³⁰⁴⁷ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *op. cit.*, 23^e éd., 2009, p. 613.

le cas, aussi bien à l'étranger qu'en France, s'agissant de la prise en charge de fonctions de judicature. Ce régime prévaut dans les pays de culture anglo-saxonne, au premier rang desquels le Royaume-Uni et les Etats-Unis, mais également dans certains Etats ayant en partage l'usage du français. L'AHJUCAF n'a d'ailleurs pas manqué de le rappeler en 2007, dans ses développements consacrés à la carrière : « *La notion de carrière, pour les juges, n'existe pas dans tous les pays. En effet, dans certains d'entre eux, un juge est recruté pour exercer une fonction déterminée dans un lieu déterminé sans perspective de changement dans sa situation par la suite* »³⁰⁴⁸. La justice française elle-même, n'échappe pas totalement à ce phénomène, avec environ 21 000 juges relevant du système d'emploi, contre un peu moins de 8 600 magistrats de carrière de l'ordre judiciaire. Cet écart quantitatif semble d'ailleurs amené à s'accroître au détriment des magistrats de carrière, avec le souci actuel de permettre à ces derniers de se recentrer sur le cœur de leur activité juridictionnelle, et le développement corollaire de la justice de proximité. Ce système d'emploi tend également à s'appliquer, au-delà, à l'égard des membres de certaines instances susceptibles d'être qualifiées de « *quasi-juridictions* ». Tel est alors l'exemple en France, des membres du Conseil constitutionnel et des autorités administratives indépendantes.

Or, contrairement à ce que Michel Debré laissait entendre en 1958, l'absence de système de carrière semble pouvoir être en partie palliée par une complémentarité du système de carrière et de l'inamovibilité. Cette dernière garantie paraît en effet pouvoir retrouver ici toute sa force, puisque, dans un tel régime de fonction publique, « *ni les mutations, ni les promotions ne sont prévues* ». La question ne se pose tout simplement pas, et l'agent inamovible est *a priori* assuré de ne pas être dépossédé de ses fonctions : « *pendant le temps qu'elles doivent durer, sauf dans les cas et suivant les formes déterminées par la loi* »³⁰⁴⁹. C'est ainsi que, suivant l'illustration canadienne donnée par l'AHJUCAF : « *les juges nommés ont généralement entre 40 et 50 ans et restent dans le tribunal de leur première nomination jusqu'à leur retraite* »³⁰⁵⁰. Surtout présente dans les pays de culture anglo-saxonne, cette combinaison qui s'opère au détriment du système de carrière, permet d'expliquer une certaine hiérarchie des inamovibilités. Comme l'expliquait effectivement Gustave Jourdan en 1861 : « *Il y a deux espèces d'inamovibilité. L'une tient le juge attaché à son siège, de sorte qu'il ne peut le quitter ni pour monter ni pour descendre. Les juges anglais sont inamovibles de cette manière. Leur nomination une fois faite et*

³⁰⁴⁸ AHJUCAF, *L'indépendance de la justice*, op. cit., www.ahjucaf.org, Question n° 21.

³⁰⁴⁹ J.-L. Spriet, *L'indépendance de la magistrature*, Thèse de doctorat, Duriez-Bataille, Lille, 1943, p. 58.

³⁰⁵⁰ AHJUCAF, *L'indépendance de la justice*, op. cit., www.ahjucaf.org, Question n° 21.

acceptée, ils n'ont rien à craindre, rien à espérer du gouvernement. L'autre garantit le juge contre toute destitution arbitraire, contre tout déplacement incommode, mais elle ne le protège pas contre les séductions du pouvoir. Les juges sont en France inamovibles de cette façon là »³⁰⁵¹. Au demeurant, il serait erroné d'affirmer que le système d'emploi ne peut être accompagné d'un panel de garanties, équivalant à celui susceptible d'exister dans le système de carrière. L'exemple des juges supérieurs au Royaume-Uni, soumis à des conditions drastiques de recrutement, et jouissant d'une situation matérielle considérable, tend incontestablement à révéler le contraire.

721. L'inamovibilité peut enfin apparaître comme une protection enviable pour des catégories d'agents qui, bien que soumis au système de carrière, demeurent exclus de certains avantages exorbitants offerts par cette première garantie. Un regard rétrospectif sur la « garantie juridictionnelle », apparaît à cet égard particulièrement démonstratif. Au début des années 1800, ainsi que l'écrivait Pierre Bézio : « *l'inamovibilité assurait aux magistrats du Siège...la certitude que seule une juridiction indépendante du pouvoir pourrait prendre à leur encontre des sanctions disciplinaires et en particulier les priver de leur poste »³⁰⁵². La grande majorité des fonctionnaires se voyait en revanche privée du bénéfice d'une telle protection. Mais dès la fin du siècle, de nombreux auteurs vinrent constater une inclination générale du droit français à juridictionnaliser la responsabilité disciplinaire des agents publics. Roger Bonnard écrivait ainsi en 1903 : « *Il se produit dans la législation française (depuis les années 1880,) une transformation très marquée de la répression disciplinaire (des agents publics,) en répression juridictionnelle »³⁰⁵³. L'auteur achevait alors son propos, au moyen d'une question immédiatement suivie d'une réponse : « *la répression disciplinaire en arrivera-t-elle au degré complet de juridictionnalisation qu'à atteint la répression pénale ? Malgré la lenteur de l'évolution, rien ne paraît devoir s'y opposer »³⁰⁵⁴. De la même façon, Léon Duguit affirmait la même année, avec certitude : « *on constate une tendance marquée de la répression disciplinaire à se rapprocher progressivement de la répression pénale ; et...quand l'évolution de la répression disciplinaire sera complète, elle aussi sera juridictionnalisée »³⁰⁵⁵. Cette orientation plus que séculaire du régime disciplinaire****

³⁰⁵¹ G. Jourdan, *La justice criminelle en France*, 1861, cité in V. Jeanvrot, *op. cit.*, p. 210.

³⁰⁵² P. Bézio, *Comparaison entre les garanties des fonctionnaires...*, *op. cit.*, p. 7.

³⁰⁵³ R. Bonnard, *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Imprimerie Y. Cadoret, Bordeaux, 1903, p. 10.

³⁰⁵⁴ R. Bonnard, *op. cit.*, p. 20.

³⁰⁵⁵ L. Duguit, *Etudes de droit public...*, *op. cit.*, p. 469. Dans le même sens, Gaston Jèze notait encore en 1904 : « *Il y a une tendance à la juridictionnalisation du pouvoir disciplinaire et de*

des agents publics, ne s'est toutefois jamais traduite par une juridictionnalisation intégrale de celui-ci. La récente parution d'un article de Fabien Bottini, intitulé : « *La juridictionnalisation du régime disciplinaire des agents publics* »³⁰⁵⁶, est venue le rappeler de manière éclatante. D'ailleurs, en répondant dans sa conclusion, à la question de savoir : « *faut-il totalement juridictionnaliser la responsabilité disciplinaire des fonctionnaires ?* », l'auteur a semblé exclure une telle évolution : « *La réponse apparaît négative, tant il semble nécessaire de préserver sa spécificité par rapport aux responsabilités administrative, civile et pénale* »³⁰⁵⁷.

Or, si l'essentiel de la fonction publique est demeuré jusqu'à ce jour, bloqué aux portes de l'inamovibilité, il est sans doute possible de s'interroger au-delà sur la pérennité du système de carrière en droit français. Déjà en 1968, dans son ouvrage *Pour nationaliser l'Etat*, le Club Jean Moulin avait initié une réflexion sur une scission de la fonction publique. Il y était alors affirmé que : « *Toute fonction exercée aux frais de l'Etat ne nécessite pas que celui qui l'exerce soit revêtu de cette dignité sacerdotale, avec les garanties et les servitudes qu'elle comporte. Beaucoup de tâches accomplies pour le compte de l'Etat n'ont besoin ni de la sublimation, ni de la protection...que comporte l'action de la puissance publique. Ne pourraient-elles être confiées à des agents ayant les mêmes qualifications que ceux des organismes privés et liés à leur employeur par le même type de contrat?...Les hommes de l'Etat proprement dits pourraient être beaucoup moins nombreux. Cette qualification serait (notamment) réservée...à ceux dont le rôle est une magistrature, comprise au sens le plus large et qui doivent être mis à l'abri de l'arbitraire du pouvoir, de la pression des intérêts* »³⁰⁵⁸. Trente-cinq ans plus tard, en 2003, cette problématique a paru suffisamment importante au Conseil d'Etat, pour que celui-ci consacre son rapport public aux *Perspectives de la fonction publique*³⁰⁵⁹. Or, après avoir souligné l'influence du droit communautaire et la convergence des droits du travail et de la fonction publique, l'étude se voyait complétée par des contributions sur les fonctions publiques des Etats-Unis et du Grande-Bretagne, privilégiant un système d'emploi, ainsi que de l'Italie, traduisant un recul du système de carrière. Plus récemment, le

révocation ». Voir : G. Jèze, *La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur la discipline et la révocation des fonctionnaires publics. Conseil d'Etat, 12 février 1904, « Corréard »*, RDP, 1904, p. 807.

³⁰⁵⁶ F. Bottini, *La juridictionnalisation du régime disciplinaire des agents publics*, RDP, n° 5, 2007, pp. 1179-1205.

³⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 1203.

³⁰⁵⁸ Club Jean Moulin, *Pour nationaliser l'Etat*, Le Seuil, Paris, 1968. Cité in : Conseil d'Etat, *Perspectives de la fonction publique*, rapport public 2003, La documentation française, EDCE, n° 54, Paris, 2003, p. 312.

³⁰⁵⁹ Conseil d'Etat, *Perspectives...*, *op. cit.*, 448 p.

législateur national est lui-même venu établir, avec la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, une nouvelle forme de position d'activité, dite « *situation de réorientation professionnelle* », destinée à répondre aux hypothèses de suppression d'emploi³⁰⁶⁰. Ce dispositif prévoit concrètement la possibilité de mettre en disponibilité d'office un fonctionnaire qui aurait refusé trois offres d'emploi public, sachant que, si celui-ci venait ensuite à refuser trois nouveaux postes en vue de sa réintégration, il pourrait alors : « *être licencié après avis de la commission administrative paritaire ou, s'il a droit à pension, admis à la retraite* »³⁰⁶¹. Or, comme a pu souligner le Professeur Marc, dans l'intitulé d'un article consacré à ce sujet, il n'est peut-être pas tout à fait erroné de voir dans cette évolution : « *La fin non assumée de la garantie de l'emploi* »³⁰⁶², pourtant regardée historiquement comme une pierre angulaire du système français de carrière. Appelé à statuer sur la constitutionnalité des dispositions législatives en cause, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel est apparu très en retrait sur le sujet. Au terme d'un considérant très elliptique, celui-ci s'est contenté d'affirmer que, « *en tout état de cause* », les dispositions législatives n'avaient pas : « *pour objet ou pour effet de remettre en cause la règle selon laquelle la fonction publique est organisée selon le régime de la carrière* ». Et de conclure : « *que, dès lors, le grief manque en fait* »³⁰⁶³.

B . Une garantie symbolique

722. Au regard de cette éventualité d'un recul du système de carrière en droit français, après un peu plus de soixante années d'existence, sans doute convient-il alors de porter un regard renouvelé sur la dimension prise par l'inamovibilité des magistrats. Lors de la séance du Comité consultatif constitutionnel du 5 août 1958, le Garde des Sceaux Michel Debré avait pu affirmer : « *croyez-moi, je préférerais que l'on supprime : « les magistrats du siège sont inamovibles », et que l'on maintienne*

³⁰⁶⁰ Article 7 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique ; articles 36 et 44 *quater* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'Etat.

³⁰⁶¹ Article 10 du décret n° 2010-1042 du 12 novembre 2010 relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'Etat.

³⁰⁶² E. Marc, *La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ?*, AJDA, 31 janvier 2011, p. 162. Voir également : S. Bazile, *La loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels : entre modernisation et banalisation de la fonction publique*, AJFP, mai-juin 2010, pp. 116-124.

³⁰⁶³ CC, décision n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, « *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres [Réorientation professionnelle des fonctionnaires]* », cons. 13.

l'affirmation d'indépendance des magistrats »³⁰⁶⁴. Pourtant, au final, cette déclaration n'a été suivie d'aucun effet. C'est presque naturellement que l'inamovibilité, déjà dépositaire d'un passé de près de cinq siècles au crépuscule de la IV^{ème} République, est venue retrouver une place de choix dans le nouvel édifice constitutionnel de la V^{ème} République. Cette persistance de l'inamovibilité malgré les critiques et les tribulations dont elle a souffert, s'explique en partie par la « *valeur symbolique* »³⁰⁶⁵ qu'elle a progressivement acquise au cours de son histoire, aussi bien auprès du Pouvoir que vis-à-vis des individus, magistrats ou justiciables.

723. Du point de vue du Pouvoir, la perspective d'une inamovibilité venue garantir l'indépendance de la justice à l'endroit du Politique, est susceptible de participer d'un souci de stabilité de l'Etat. Il ne faut effectivement pas oublier que sous l'Ancienne Monarchie, la justice apparaissait non seulement comme une marque essentielle de souveraineté, mais aussi comme un attribut divin dans une société profondément religieuse, et un moyen d'assurer par son exercice la cohésion d'un royaume composite. L'octroi de l'inamovibilité a contribué à renforcer ce caractère structurant, en inscrivant le personnel judiciaire dans la durée et le territorialisme, et en le faisant échapper à l'arbitraire de la Couronne. A la lumière de cette approche, il est plus facile de saisir l'impératif qui a commandé sous le Consulat et le Premier Empire, la reconstitution d'un « *appareil de justice* » partiellement inspiré de l'ordre ancien. Face aux tribulations des Pouvoirs exécutif et législatif, l'ordre judiciaire devait pouvoir constituer au sein du « *triangle de souveraineté* », cette « *masse de granit* » nécessaire au maintien de la stabilité de l'Etat. Le Député Flaugergues devait d'ailleurs en rappeler la réalité empirique, dans son rapport du 24 décembre 1814 sur le projet de loi relatif à la réduction du personnel de la Cour de cassation : « *C'est une chose remarquable ; depuis la démocratie la plus dissolue jusqu'au despotisme le plus concentré, nous avons épuisé toutes les combinaisons politiques ; mais dans tous nos bouleversements, on a respecté la Cour de cassation ; on n'a jamais porté de plaintes contre elle. Immobile sur sa base, cette création nouvelle, autour de qui tout a changé, a vu passer déjà dix gouvernements qui se sont renversés les uns sur les autres* »³⁰⁶⁶. Ici encore, l'inamovibilité de la magistrature était supposée fortifier l'institution judiciaire, dans le rôle qui lui était imparti. C'est ainsi qu'au lendemain de la publication du décret « *Crémieux* » du 17 avril 1848, le Conseiller Hello ouvrit son plaidoyer en faveur de

³⁰⁶⁴ DPS, vol. II, 1988, p. 163.

³⁰⁶⁵ P. Hébraud, *L'autorité judiciaire, op. cit.*, p. 81.

³⁰⁶⁶ P. Flaugergues, député, Extrait du rapport sur le projet de loi relatif à la réduction du personnel de la Cour de cassation, *Moniteur*, 22 novembre 1814. Cité in G. Martin-Sarzeaud, *Recherches historiques sur l'inamovibilité de la magistrature*, Marchal et Billard, Paris, 1881, p. 429.

l'inamovibilité des juges, par un constat cinglant : « *La France et l'Europe s'étaient trompées ; dans cette ruine générale de tous les pouvoirs, notre magistrature était la seule autorité qui, avec la religion, obtint encore le respect des peuples* »³⁰⁶⁷. Lors de son discours de rentrée de la Cour des comptes du 5 novembre 1849, deux jours à peine après sa réintégration dans les fonctions dont il avait été privé en vertu du décret « *Crémieux* », le Premier président Barthe vint plus explicitement déclarer : « *Le principe de l'inamovibilité des magistrats... (e)branlé un moment par le choc d'une révolution, ...se retrouve plus puissant que jamais, proclamé comme le besoin de tous, nécessaire comme la justice elle-même, sans laquelle il n'y a ni loi, ni société. Les pouvoirs de l'Etat l'ont décrété ; avant eux, la raison publique et les inquiétudes du pays l'avaient invoqué comme une ancre de salut* »³⁰⁶⁸.

Il est sans doute possible de trouver dans cette vertu de stabilité, attachée à l'inamovibilité des magistrats, une raison de la réaffirmation de cette garantie par les régimes successifs. Ces derniers semblent plus précisément avoir cherché, par le biais de sa reconnaissance, à s'assurer de leur propre pérennité. La façon presque artificielle avec laquelle certains régimes ont consacré cette protection, peut en effet s'expliquer au terme d'un raisonnement en trois étapes, que viennent illustrer trois propos de la première moitié du XIXe siècle. A la question qu'il se posait dans son rapport de 1814 : « *Quelle cause a pu préserver (la Cour de cassation) de la hache destructive de tant de factions, dont chacune abattait, le lendemain de la victoire, l'édifice élevé par la faction vaincue ?* », le Député Flaugergues répondait avec assurance : « *C'est le respect du peuple* », avant de compléter : « *et ce respect ne peut venir que de l'utilité sentie dans les résultats* »³⁰⁶⁹. La stabilité de l'institution judiciaire se voyait ainsi érigée en conséquence indirecte de son indépendance, condition de sa capacité à rendre la justice, y compris en période troublée³⁰⁷⁰. Or, l'inamovibilité apparaissait dans l'imaginaire collectif, comme un élément indissociable et essentiel de cette indépendance. C'est ce dont témoigne la plume pourtant raisonnée d'un Louis-Antoine Macarel, affirmant que : « *l'inamovibilité du juge est la première garantie qu'il fera bonne justice ; cette vérité n'est pas nouvelle* ». Après en avoir rappelé l'origine, « *confirmé(e) par une expérience de plusieurs siècles* », le Jurisconsulte citait à témoin une récente déclaration du garde

³⁰⁶⁷ C.-G. Hello, *De l'inamovibilité des juges...*, *op. cit.*, pp. 1-27.

³⁰⁶⁸ F. Barthe, Extrait du discours... Cité in A. Crépey, J. Elie (dir.), *op. cit.*, p. 515.

³⁰⁶⁹ P. Flaugergues, député, Extrait du rapport... Cité in Martin-Sarzeaud, *op. cit.*, p. 429.

³⁰⁷⁰ René Warlomont soulignait ainsi que, en période d'occupation étrangère ou ennemie : « *Le fait que les cours et tribunaux constituent une institution, indépendante des autres institutions publiques, est implicitement reconnu par le droit des gens... « les tribunaux de l'Etat occupé continuent, comme par le passé, à remplir leurs fonctions au nom de l'ancienne autorité, investie de la souveraineté, le Roi ou le peuple »* ». Voir : *op. cit.*, p. 70.

des Sceaux, prononcée à l'occasion de l'examen de la loi du 16 juin 1824 sur la retraite des juges. Le comte de Peyronnet avait alors affirmé : « *L'inamovibilité des juges est de l'essence même de la justice, parce qu'il n'y a point de justice sans indépendance, ni d'indépendance complète sans la sécurité précieuse que produit l'inamovibilité* »³⁰⁷¹. A ce stade du raisonnement, la dernière étape semblait se découvrir avec la force de l'évidence. Eugène Rouher, rapporteur de la loi des 8 et 11 août 1849 relative à l'organisation judiciaire, devait le souligner : « *La Révolution de Février, en renversant les institutions qui régissaient le pays...a incontestablement brisé, comme loi écrite, le principe de l'inamovibilité. Il aurait été grand en politique, pour le Gouvernement qui s'installait sur ces ruines, de relever immédiatement cette puissante sauvegarde et de proclamer bien haut que le pouvoir judiciaire, quant à son inamovibilité, est dans ce pays en dehors et au-dessus des commotions politiques* »³⁰⁷². Affirmer cette garantie revient en quelque sorte pour chaque régime, à tenter de conjurer le mauvais sort dont a souffert son prédécesseur, en cherchant à s'attirer l'attachement d'un peuple qui a su assurer jusqu'à lui par son respect, la stabilité de l'institution judiciaire.

724. Du point de vue de l'individu, cette garantie apparaît ensuite comme la condition *sine qua non* de l'indépendance du magistrat du siège. Elle l'est d'abord pour le titulaire de cette charge publique, qui y subordonne son maintien. Dans un arrêt « *Héritiers Berthonnet – C. Billoux* », du 10 mars 1829, la Cour de cassation avait ainsi présenté cette garantie comme : « *le caractère essentiel, la condition sacramentelle de l'institution que reçoivent...les juges de tous les ordres* », avant d'évoquer : « *ce caractère d'inamovibilité, indélébile en soi, dont sont investis dans l'intérêt public tous les juges...et qu'ils doivent conserver pour le maintien de leur indépendance* »³⁰⁷³. Les magistrats du siège ont pu voir plus précisément, dans cette protection, jusqu'à la raison même de leur accession et de leur renonciation à la carrière judiciaire. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'examen du projet de loi sur la sûreté, en 1815, cet argument fut utilisé par Pierre-Paul Royer-Collard pour rejeter un octroi différé de l'inamovibilité. Dans un célèbre discours prononcé à la Chambre des députés, le Conseiller d'Etat fit de cette exigence le dénouement d'un dialogue : « *Lorsque le pouvoir chargé d'instituer le juge au nom de la société appelle un*

³⁰⁷¹ Comte de Peyronnet, garde des Sceaux, Extrait du discours de présentation du projet de loi du 16 juin 1824 concernant l'admission à la retraite des juges atteints d'infirmités graves et permanentes, Chambre des députés. Cité in L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, J.-P. Noret éditeur, Paris, 1828, p. 461.

³⁰⁷² E. Rouher, député, Extrait du rapport sur le projet de loi des 8 et 11 août 1849 relatif à l'organisation judiciaire, Assemblée nationale législative. Cité in A. Crépey, J. Elie (dir.), *op. cit.*, p. 513.

³⁰⁷³ C.Cass., arrêt du 10 mars 1829, « *Héritiers Berthonnet – C. Billoux* », Sirey, 1828-1830.1.247.

citoyen à cette éminente fonction, il lui dit : organe de la loi, soyez impassible comme elle... Si mes propres erreurs... m'arrachent des commandements injustes, désobéissez à mes commandements ; résistez à mes séductions ; résistez à mes menaces... – Le citoyen répond : je ne suis qu'un homme, et ce que vous me demandez est au-dessus de l'humanité. Vous êtes trop fort et je suis trop faible ; je succomberai dans cette lutte inégale... Secourez donc ma faiblesse ; affranchissez-moi de la crainte et de l'espérance : promettez que je ne descendrai point du tribunal, à moins que je ne sois convaincu d'avoir trahi les devoirs que vous m'imposez. – Le pouvoir hésite... Eclairé enfin par l'expérience... il dit au juge : vous serez inamovible »³⁰⁷⁴. De la même façon, Armand Séguier eut recours à ce motif pour justifier sa démission de la magistrature, lors de la parution du décret « Crémieux » en 1848. Dans une lettre particulièrement vibrante au garde des Sceaux, le fils du premier président de la Cour d'appel de Paris écrivit en ces termes : « J'ai fait le sacrifice de ma carrière pour attachement pour elle. C'est pour rester digne de l'inamovibilité que je n'ai pas voulu accepter un seul instant la position de magistrat révocable... Si contre mon espoir, l'Assemblée souveraine sanctionne définitivement la suppression de ce principe doublement tutélaire, j'aurais, Monsieur le Ministre, accompli par avance un devoir dont alors le Chef de la Cour d'appel de Paris, mon vénérable père, donnera l'exemple à toute la Magistrature de France »³⁰⁷⁵.

L'inamovibilité revêt au-delà, une portée symbolique pour l'ensemble des individus, qu'ils soient citoyens, gouvernés ou justiciables. Pour reprendre une formule du Premier président Barthe en 1849, l'inamovibilité est progressivement devenue, aux yeux de la population, « *la magistrature elle-même* »³⁰⁷⁶. Elle tire effectivement sa force, en tant que garantie d'indépendance et consubstantielle du magistrat, de son extrême longévité et de sa réaffirmation constante par les régimes successifs. Sa visibilité se trouve en conséquence assurée, à un triple égard. A la différence de l'indépendance, l'inamovibilité apparaît tout d'abord consistante et préhensible. Elle regroupe sous son nom un ensemble de règles, et elle a longtemps bénéficié d'une énonciation expresse et précise dans les textes. Mais à l'instar de l'indépendance, l'inamovibilité correspond également à un mot simple, et en conséquence aisé à manier, dans la mesure où sa seule évocation paraît suffire à la définir. Enfin, la visibilité que lui procure depuis 1791 son assise constitutionnelle, a

³⁰⁷⁴ P. Bruguière, baron de Barante, *La vie politique de M. Royer-Collard, ses discours et ses écrits*, t. 1^{er}, Didier et Cie, Paris, 1861, pp. 171-172.

³⁰⁷⁵ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature...*, t. 2, *op. cit.*, p. 299.

³⁰⁷⁶ F. Barthe, Extrait du discours de rentrée de la Cour des comptes du 5 novembre 1849. Cité in A. Crépey, J. Elie (dir.), *La Cour des comptes*, éd. du CNRS, Histoire de l'administration française, Paris, 1984, p. 515.

largement contribué à lui donner cette image d'un sémaphore de l'indépendance judiciaire. A cet égard, il ne serait pas inapproprié de lui transposer une métaphore que Horace Letourneux appliquait aux relations entre la justice et l'Etat : « *Elle (l'inamovibilité) n'oubliera pas qu'elle doit être le phare lumineux placé sur le bord de l'abîme des révolutions (et des coups d'Etat), destiné à éclairer la marche du navire de l'Etat, et à redresser sa course, si quelque pilote inhabile ou perfide le dirigeait vers les récifs et les écueils populaires* »³⁰⁷⁷. La raison du maintien de cette garantie pourrait dès lors être comparée, d'une certaine manière, à celle traditionnellement invoquée à l'appui des clauses relatives aux pouvoirs exceptionnels. De même que, selon Jean-Jacques Rousseau, « *Tout Etat libre, où les grandes crises n'ont pas été prévues, est à chaque orage en danger de périr* »³⁰⁷⁸, l'indépendance de la justice est, dans l'absolu, d'autant plus difficile à préserver qu'aucune garantie n'en rappelle l'exigence à l'échelon constitutionnel. Or, force est de constater qu'il aura fallu attendre la Constitution du 27 octobre 1946 et son article 84 pour voir, en France, le mot « *indépendance* » intégrer le texte de la Constitution. Cette fonction avait été assurée jusqu'alors, par la seule inamovibilité³⁰⁷⁹. La dimension alors acquise par cette dernière, en impose subséquemment : « *la conservation, pour ne pas créer, si peu que ce soit, l'apparence d'une atteinte à l'indépendance* »³⁰⁸⁰.

725. Or, c'est certainement à ce dernier stade que convergent et finissent par coïncider les intérêts respectifs du justiciable, de l'Etat, du magistrat et de l'inamovibilité. Si le maintien de cette dernière garantie se trouve guidé par le souci de ne pas donner, un tant soit peu, « *l'apparence d'une atteinte à l'indépendance* », encore ne suffit-il pas que, tout comme celle-ci, l'inamovibilité ne soit justement qu'une apparence. Pour reprendre de nouveau les propos du Professeur Morange, c'est en effet : « *lorsqu'un droit fondamental sera bafoué, parfois par les plus hautes autorités de l'Etat, que l'on aspirera à trouver un juge pouvant et voulant leur tenir tête. C'est alors que le moindre doute sur son indépendance sera*

³⁰⁷⁷ H. Letourneux, *Origine et nature du pouvoir judiciaire. Ce qu'a été la magistrature en France avant et depuis 1815. Ce qu'elle doit être et sera depuis la révolution de 1830*, Barreau de Rennes, Avoués de Rennes, Impr. A. Marteville, Rennes, 3 novembre 1830, 20 p.

³⁰⁷⁸ J.-J. Rousseau, *Considérations sur le gouvernement de Pologne, et sur sa réformation projetée*, Library of Princeton University, Londres, 1782, pp. 98-99. Voir également sur le sujet, à propos de l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 : J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *op. cit.*, 23^e éd., 2009, p. 586.

³⁰⁷⁹ D'ailleurs, il convient de souligner qu'à la différence de l'inamovibilité, le terme « *indépendance* » ne figure pas dans le Statut organique des magistrats, en vigueur depuis 1958.

³⁰⁸⁰ M. Pauti, *op. cit.*, p. 167.

*catastrophique... »*³⁰⁸¹. L'inamovibilité a cela de commun avec n'importe quelle autre garantie d'indépendance, et plus encore avec l'impartialité qui en constitue la finalité, qu'elle « *est sans cesse à conquérir* », qu'elle « *doit être construite et validée en permanence* », et qu'elle « *doit effectivement faire ses preuves pour être établie* »³⁰⁸². La responsabilité de cette légitimation permanente incombe, pour une part non négligeable, au Pouvoir politique, celui-là même qui, dans une démocratie, tire sa légitimité du suffrage universel. Comme l'a rappelé le Conseiller d'Etat Vigouroux, dans sa *Déontologie des fonctions publiques* : « *L'autorité ne vaut que par la reconnaissance. Et la reconnaissance se bâtit sur la réputation* »³⁰⁸³. Or cette réputation se construit à son tour sur le respect par le Pouvoir lui-même, des règles et principes qu'il pose et impose. Ceux-ci doivent d'être respectés et appliqués, sous peine de rendre leur édicition et leur existence absurdes.

Parce qu'elle reste d'abord une protection contre le risque d'éviction arbitraire, l'inamovibilité ne possède sans doute pas un champ d'application aussi étendu que celui offert par la somme des garanties reconnues dans le système de carrière. Mais ainsi que la présente étude s'est attachée à le démontrer, l'inamovibilité paraît porter en elle toutes les qualités requises pour constituer un « *modèle* » de garantie d'indépendance au service de l'impartialité, et, *a fortiori*, de la neutralité de son bénéficiaire, que celui-ci soit ou non un magistrat. Encore faut-il que le Pouvoir le veuille réellement et prenne le temps de travailler, sinon à son amélioration, du moins à la clarification de sa fonction et de son contenu. Peut-être reconnaîtrait-il alors le caractère résolument moderne de cette garantie « antique » qui, en opérant un transfert du pouvoir d'éviction vers une autorité indépendante et impartiale, de préférence juridictionnelle, paraît en quelque sorte frapper de désuétude le droit au recours juridictionnel consacré dans les droits administratif, européen et constitutionnel. Si le fait pour un agent public de pouvoir exercer un recours contre une mesure d'éviction prise à son encontre, constitue une garantie indéniable, elle peut néanmoins sembler une « *bien petite chose* » par rapport au privilège de ne pouvoir être évincé que par une juridiction, ou un organe présentant les mêmes qualités d'indépendance et d'impartialité.

³⁰⁸¹ J. Morange, *Libertés publiques*, PUF, Droit fondamental, Spécimen, Paris, 1^{ère} éd., 1985, p. 94.

³⁰⁸² P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique...*, *op. cit.*, pp. 152-153.

³⁰⁸³ C. Vigouroux, *Déontologie...*, *op. cit.*, p. 40.

BIBLIOGRAPHIE

A . Traités, codes, dictionnaires et manuels

- ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane), « Dictionnaire de la culture juridique », Lamy-PUF, Quadrige, 1^{ère} éd., 2003.
- AUCOC (Léon), « Conférences sur l'administration et le droit administratif », t. 1, éd. Dunod, Paris, 1869.
- AUBY (Jean-Marie), DRAGO (Rolland), « Traité de contentieux administratif », t. 1, LGDJ, Paris, 1^{ère} éd., 1962, 2^{ème} éd., 1975 & 3^{ème} éd., 1984.
- AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Baptiste), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), « Droit de la fonction publique », Dalloz, Paris, 5^{ème} éd., 2005.
- BARTHELEMY (Joseph), DUEZ (Paul), « Traité élémentaire de droit constitutionnel », Dalloz, Paris, 1926.
- BLOCK (Maurice), « Dictionnaire de l'administration française », Berger-Levrault et Cie, Paris, 1^{ère} éd., 1862.
- BLOCK (Maurice), « Dictionnaire de l'administration française », Berger-Levrault et Cie, Paris, 4^{ème} éd., 1898-1899.
- BODIN (Jean), « Les six livres de la République », Gabriel Cartier, Paris, 1608.
- BONICHOT (Jean-Claude), CASSIA (Paul), POUJADE (Bernard), « Les grands arrêts du contentieux administratif », Dalloz, Grands arrêts, Paris, 2007.
- BOUCHET-SAULNIER (Françoise), « Dictionnaire pratique du droit humanitaire », éd. La Découverte, Paris, 3^{ème} éd., 2006.
- BURDEAU (Georges), « Traité de science politique – Le statut du pouvoir dans l'Etat », t. IV, LGDJ, 3^{ème} éd., 1983.
- CARRE (Guillaume-Louis-Julien), « Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles », t. 1, Chez Warée oncle, Paris, 1825.

- CARRE (Guillaume-Louis-Julien), « Traité des lois de l'organisation judiciaire et de la compétence des juridictions civiles », t. 1, éd. P. Dupont et Cailleux, Paris, 1833.
- CHABANOL (Daniel), « Code de justice administrative », éd. Le Moniteur, 4^{ème} éd., 2010.
- CORMENIN (Louis-Marie), « Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle », Pillet, Paris, 1818.
- CORMENIN (Louis-Marie), « Questions de droit administratif », Guyot et Scribe, Paris, 4^{ème} éd., 1837.
- CHAPUS (René), « Droit administratif général », t. 2, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 12^{ème} éd., 1999.
- CONAN (Matthieu), DOYELLE (Alain), POUJADE (Bernard), VACHIA (Jean-Philippe), « Code des juridictions financières », éd. Le Moniteur, Paris, 2^{ème} éd., 2007.
- CORNU (Gérard), « Vocabulaire juridique », PUF, Quadrige, Paris, 7^{ème} éd., 2005 & 8^{ème} éd., 2007.
- DUGUIT (Léon), « Etudes de droit public. L'Etat, les gouvernants et les agents », Albert Fontemoing, 1903, rééd., Dalloz, Bibliothèque Dalloz, Paris, 2005.
- DUHAMEL (Olivier), MENY (Yves), « Dictionnaire constitutionnel », PUF, 1^{ère} éd., 1992.
- FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), « Les grandes décisions du Conseil constitutionnel », Dalloz, Grands arrêts, Paris, 13^{ème} éd., 2005.
- FRANQUEVILLE (Comte de), « Le système judiciaire de la Grande-Bretagne – Tome I : organisation judiciaire », J. Rothschild Editeur, Paris, 1893.
- GICQUEL (Jean), GICQUEL (Jean-Eric), « Droit constitutionnel et institutions politiques », Montchrestien, Domat droit public, Paris, 21^{ème} éd., 2007 & 23^{ème} éd., 2009.
- GOURNAY (Bernard), KESLER (Jean-François), SIWEK-POUYDESSEAU (Jeanne), « Administration publique », PUF, Thémis, Paris, 1967.

- GRASSERIE (Raoul Guérin de La), « Etudes de droit, de législation comparée et de sociologie. De la justice en France et à l'étranger au XIXe siècle », vol. 1, L. Tenin, Paris, 1914.
- GREGOIRE (René), « La fonction publique », Dalloz, Bibliothèque Dalloz, Paris, 2005.
- GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), VARINARD (André), DEBARD (Thierry), « Institutions juridictionnelles », Dalloz, Précis, Paris, 10^{ème} éd., 2009.
- HAURIOU (Maurice), « Précis de droit administratif et de droit public général », Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 4^{ème} éd., 1900.
- HAURIOU (Maurice), « Précis de droit administratif et de droit public général », Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 9^{ème} éd., 1919 & 11^{ème} éd., 1927.
- HENRION DE PANSEY, « De l'autorité judiciaire en France », t. I, Librairie de Théophile Barrois père, Paris, 3^{ème} éd., 1827.
- HENRION DE PANSEY, « De l'autorité judiciaire en France », t. II, Librairie de Théophile Barrois père, Paris, 3^{ème} éd., 1827.
- ELLUL (Jacques), « Histoire des institutions – Le Moyen Âge », PUF, Quadrige, Paris, 1999.
- JEZE (Gaston), « Les principes généraux du droit administratif – Tome 1 : la technique juridique du droit public français », rééd., Dalloz-Sirey, Bibliothèque Dalloz, Paris, 2005.
- JEZE (Gaston), « Les principes généraux du droit administratif – Tome 2 : la notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics », rééd., Dalloz-Sirey, Bibliothèque Dalloz, Paris, 2003.
- LABOULAYE (Edouard de), « Histoire des Etats-Unis – Troisième époque : la Constitution des Etats-Unis (1783-1789) », Bibliothèque Charpentier, Paris, 2^{ème} éd., 1891.
- LAFERRIERE (Edouard), « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », t. 1, Berger-Levrault et Cie, Paris, 1^{ère} éd., 1887 & 2^{ème} éd., 1896.
- LAFERRIERE (Julien), « Répétitions écrites de droit administratif », 1940-1941, Les cours de droit, Paris, 1941.

- LOYSEAU (Charles), « Cinq livres du droit des offices », Abel l'Angelier, Paris, 2^{ème} éd., 1613.
- LUCHAIRE (François), CONAC (Gérard), « La Constitution de la V^{ème} République », Economica, Paris, 2^{ème} éd., 1987.
- LUCHAIRE (François), « Le Conseil constitutionnel – Tome I : organisation et attributions », Economica, 2^{ème} éd., 1997.
- MACAREL (Louis-Antoine), « Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la juridiction administrative », J.-P. Roret, Paris, 1828.
- MAGNET (Jacques), « La Cour des comptes : les institutions associées et les chambres régionales de comptes », Berger-Levrault, L'Administration nouvelle, Paris, 2^{ème} éd., 1971 & 5^{ème} éd., 2005.
- MONTESQUIEU, « De l'esprit des lois », rééd., GF Flammarion, Paris, 1979.
- MORIN (Achille), « De la discipline des cours et tribunaux, du barreau et des corporations d'officiers publics », t. I, Librairie de la Cour de cassation Joubert, Paris, 2^{ème} éd., 1847.
- MORIN (Achille), « De la discipline des cours et tribunaux, du barreau et des corporations d'officiers publics », t. II, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence de Cosse et N. Delamotte, Paris, 1^{ère} éd., 1846.
- MOUSNIER (Roland), « Les institutions de la France sous la monarchie absolue – 1598-1789 », PUF, Quadrige, Paris, 2005.
- PAILLIET (Jean-Baptiste-Joseph), « Droit public français ou histoire des institutions politiques », By Kleffer, Paris, 1822.
- PERROT (Roger), « Institutions judiciaires », Montchrestien, Domat droit privé, Paris, 14^{ème} éd., 2010.
- PLANTEY (Alain), « La fonction publique – Traité général », Litec, Paris, 2^{ème} éd., 2001.
- RENOUX (Thierry S.) et VILLIERS (Michel de), Code constitutionnel, Litec, Editions du Jurisclasseur, Paris, 2004.
- RIGAUDIERE (Albert) « Introduction historique à l'étude du droit et des institutions », Economica, Corpus Histoire du droit, Paris, 3^{ème} éd., 2006.

- ROCHE FLAVIN (Bernard de La), « Treze livres des parlemens de France », Simon Millanges, Bordeaux, 1617.
- ROUQUETTE (Rémi), « Dictionnaire de droit administratif », Le Moniteur éd., Paris, 2002.
- ROUSSELET (Marcel), « Histoire de la magistrature française – des origines à nos jours », t. 1, Librairie Plon, Paris, 1957.
- ROUSSELET (Marcel), « Histoire de la magistrature française – des origines à nos jours », t. 2, Librairie Plon, Paris, 1957.
- ROUTHIER, « De l'organisation du Conseil d'Etat en cour judiciaire ; de sa juridiction ; des conseils de préfecture ; et de la nécessité des créer des tribunaux administratifs », Librairie chez Renduel, Paris, 1828.
- SAUTEL (Gérard), « Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française », Dalloz, collection Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1974, Paris, 1974.
- SOLUS (Henri), PERROT (Roger), « Droit judiciaire privé », t. 1, Sirey, Paris, 1961.
- SUEUR (Philippe), « Histoire du droit public français, XVe-XVIIIe siècle : la genèse de l'Etat contemporain - Tome I : la Constitution monarchique », PUF, Thémis droit public, Paris, 3^{ème} éd, 2001.
- SUEUR (Philippe), « Histoire du droit public français, XVe-XVIIIe siècle : la genèse de l'Etat contemporain - Tome II : affirmation et crise de l'Etat sous l'Ancien Régime », PUF, Thémis droit public, 3^{ème} éd, Paris, 2001.
- TIMBAL (Pierre-Clément), « Histoire des institutions publiques et des faits sociaux », Dalloz, Précis, Paris, 4^{ème} éd., 1970.
- VILLIERS (Michel de), « Droit public général », Litec, éd. du jurisclasser, 2^{ème} éd, 2003.
- VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), et VARINARD (André), « Institutions judiciaires – Organisation – Juridictions – Gens de justice », Dalloz, collection Droit privé, 7^{ème} éd. 2003, 877 p.

B . Ouvrages

- ALASSEUR (A.), « L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises », L. Larose, Paris, 1903.
- Association française pour l'histoire de la justice (AFHJ), « L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération », Actes du colloque des 4-5 décembre 1992, éd. Loysel, coll. Histoire de la justice, Paris, 1994.
- Association française pour l'histoire de la justice (AFHJ), « Juger les juges : du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature », Actes du colloque des 5-6 décembre 1997, La documentation Française, coll. Histoire de la justice, Paris, 2000.
- Association française pour l'histoire de la justice (AFHJ), « La justice en Algérie 1830-1962 », Actes du colloque des 22-23 octobre 2002, La documentation française, coll. Histoire de la justice, Paris, 2005.
- Association française pour l'histoire de la justice (AFHJ), « Les tribunaux de commerce – Genèse et enjeux d'une institution », La documentation française, coll. Histoire de la justice, Paris, 2007.
- AFJUCAF, « L'indépendance de la justice », Actes du deuxième congrès de Dakar des 7-8 novembre 2007, édité par la Cour de cassation du Sénégal et l'Organisation internationale de la francophonie, 2007.
- Associations des magistrats et anciens magistrats de la Cour de cassation, « Le Tribunal et la Cour de cassation (1790-1990) », Volume jubilaire, Litec, Paris, 1990.
- BELL (John), « Judiciaries within Europe. A comparative review », Cambridge university press, Cambridge, 2006.
- BLUM (Edgar), « L'origine de l'inamovibilité des offices royaux », Université de Paris, 1926.
- BOIGEOL (Anne), « La magistrature « hors les murs » : Analyse de la mobilité extra-professionnelle des magistrats », Mission de recherche Droit et Justice, Institut d'histoire du temps présent, CNRS, La documentation française, Paris, 1998.
- BOISSY (Xavier), « La séparation des pouvoirs – œuvre jurisprudentielle sur la construction de l'Etat de droit constitutionnel », Bruylant, Bruxelles, 2003.

- BOUCOBZA (Isabelle), « La fonction juridictionnelle : contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie », Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, t. 41, Paris, 2005.
- BOURDIN (René), « L'inamovibilité de la magistrature coloniale », éd. L'auteur, Paris, 1949.
- BOUVET (Marc), « Le Conseil d'Etat sous la Monarchie de Juillet », LGDJ, Bibliothèque de science administrative, t. 17, Paris, 2001.
- BOYER CHAMMARD (Georges), « Les magistrats », PUF, Que sais-je ?, Paris, 1^{ère} éd., 1985.
- BRONDEL (Séverine), FOULQUIER (Norbert), HEUSCHLING (Luc) [dir.], « Gouvernement des juges et démocratie », Actes du séminaire international des 13 novembre 1998 et 28 mai 1999, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001.
- CARBONNIER (Jean), « Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », LGDJ, Paris, 10^{ème} éd., 2001.
- CARISCH (Charles), « De l'inamovibilité de la magistrature », éd. Arthur Rousseau, 1909, Paris.
- COURTEIX (Juliette), « Fonctionnement de la Justice et responsabilités », Thèse de Doctorat, Université de Paris I, 2005.
- CHARRIER (Charles), « Le serment – Etude de droit positif et de législation », éd. Arthur Rousseau, Paris, 1899.
- CADIET (Loïc) et RICHER (Laurent) [dir.], « Réforme de l'Etat, réforme de la justice », Actes du colloque des 24-25 janvier 2002, PUF, Paris, 2003.
- CANIVET (Guy), JOLY-HURARD (Julie), « La déontologie du magistrat », Litec, Litec professionnels, Paris, 1^{ère} éd., 2007 & 2^{ème} éd., 2009.
- CANIVET (Guy), JOLY-HURARD (Julie), « La discipline des juges judiciaires, administratifs et des comptes », Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 2^{ème} éd., 2009.
- CAPPELLETTI (Mauro), « Le pouvoir des juges : articles choisis de droit judiciaire et de droit constitutionnel comparé », Economica-PUAM, Droit public positif, 1990.

- CARBASSE (Jean-Marie), DEPAMBOUR-TARRIDE (Laurence) [dir.], « La conscience du juge dans la tradition juridique européenne », PUF, Droit et justice, Paris, 1999.
- CAYLA (Olivier), RENOUX-ZAGAME (Marie-France) [dir.], « L’office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ? », Actes du Colloque du Centre d’études des systèmes juridiques et de la Société française pour la philosophie et la théorie politiques et juridiques des 27-28 mars 1998, Bruylant – LGDJ, collection La pensée juridique, Paris, 2002.
- CECIL (Henry), « The English judge », The Hamlyn trust, Stevens & Sons, London, 1970.
- CHARVIN (Robert), « Justice et Politique (Evolution de leurs rapports) », éd. L’Hermès collection, Bibliothèque de droit, 2^{ème} éd., Paris, 2003.
- CHAZELLE (René), « Pour une réforme des institutions judiciaires », LGDJ, Paris, 1969.
- Conseil de la magistrature du Québec, « L’indépendance judiciaire... Contrainte ou gage de liberté ? », Actes du colloque de 2002, Bibliothèque nationale du Québec, Québec, 2003.
- Consejo national del poder judicial, « Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature », Actes de la réunion multilatérale organisée par le Conseil de l’Europe des 9-11 novembre 1993, Les éditions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1995.
- CREPEY (André), ELIE (Jacques) [dir.], « La Cour des comptes », éd. du CNRS, Histoire de l’administration française, Paris, 1984.
- DEBRE (Jean-Louis), « La justice au XIXe siècle – Les Magistrats », Librairie académique Perrin, Paris, 1981.
- DEGUERGUE (Maryse) [dir.], « Justice et responsabilité de l’Etat », PUF, Droit et justice, Paris, 2003.
- DEJEAN (Jean-Laurent), « Etude historique et juridique sur l’inamovibilité de la magistrature », Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 1896.
- DUCOM (Léon), « De l’inamovibilité de la magistrature », Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 1902.

- FARCY (Jean-Claude), « Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIXe-XXe siècles) », éd. du CNRS, Paris, 1998.
- FLAMMERMONT (Jules), « La réforme judiciaire du chancelier Maupeou », mémoire de 1879, Alphonse Picard Editeur, Paris, 1880.
- FOUGERE (Louis) [dir.], « Le Conseil d'Etat – Son histoire à travers les documents d'époque - 1799-1974 », éd. du CNRS, Paris, 1974.
- GABORIAU (Simone), PAULIAT (Hélène) [dir.], « L'éthique des gens de justice », Actes du colloque des 19-20 novembre 2000, Pulim, Entretiens d'Aguesseau, Limoges, 2001.
- GABORIAU (Simone), PAULIAT (Hélène) [dir.], « Justice et démocratie », Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, Pulim, Entretiens d'Aguesseau, Limoges, 2003.
- GABORIAU (Simone), PAULIAT (Hélène) [dir.], « La responsabilité des magistrats », Actes du colloque du 18 novembre 2005, Pulim, Entretiens d'Aguesseau, Limoges, 2008.
- GARAPON (Antoine) et PAPADOPOULOS (Ioannis), « Juger en Amérique et en France », éd. Odile Jacob, Paris, 2003.
- GARAPON (Antoine) [dir.], « Les juges. Un pouvoir irresponsable ? », Nicolas Philippe, Justement, Paris, 2003.
- GJIDARA (Marc), « La fonction administrative contentieuse : étude de science administrative », LGDJ, Bibliothèque de science administrative, t. 5, Paris, 1972.
- GOUR (Claude), « Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif : problèmes de compétence », LGDJ, Bibliothèque de science administrative, t. 26, Paris, 1960.
- GREILSAMER (Laurent), SCHNEIDERMAN (Daniel) [dir.], « Les juges parlent », Fayard, Paris, 1992.
- GUARNIERI (Carlo) et PEDERZOLI (Patrizia), « La puissance de juger – Pouvoir judiciaire et démocratie », éd. Michalon, Paris, 1996.
- Institut de Sciences Pénales et de Criminologie d'Aix-en-Provence, « Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ? », Actes du colloque des 5 et 6 mai 2000, PUF, Paris, 2000.

- HOURQUEBIE (Fabrice), « Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République », Bruylant, Bruxelles, 2004.
- JACOB (Robert) [dir.], « Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes : études d'histoire comparée », Actes du colloque des 16-18 septembre 1993, LGDJ, Paris, 1996.
- JEANVROT (Victor), « L'inamovibilité : sous l'ancienne monarchie, sous la Révolution, et depuis le dix-huit brumaire », éd. A. Cotillon et Cie et A. Marescq Ainé, Paris, 1882.
- KARSENTY (Maurice), « Le Conseil supérieur de la magistrature », Thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille, 1961.
- KESSLER (Marie-Christine), « Le Conseil d'Etat », éd. Armand Colin, Cahiers de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1968.
- KENYON (John Philipps), « The Stuart Constitution, 1603-1688 - Documents and commentary », Cambridge University Press, Cambridge, 2nd ed., 1986.
- KRYNEN (Jacques) [dir.], « L'Etat de justice. France, XIIIe-XXe siècle – Tome I : l'idéologie de la magistrature ancienne », Gallimard, Bibliothèque des histoires, Paris, 2009.
- KRYNEN (Jacques) [dir.], « L'élection des juges – Etude historique française et contemporaine », PUF, Droit et justice, 1999.
- LAFON (Jacqueline Lucienne), « La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien Régime », éd. Droz, Sciences historiques et philologiques, 2001.
- LAMBERT (Edouard), « Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », éd. Giard & Cie, 1921, rééd. Dalloz, Paris, 2005.
- LATOUR (Bruno), « La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat », éd. de La découverte, Coll. Armillaire, Paris, 2002.
- LEGEE (Georges), « La loi du 30 août 1883 sur la magistrature », éd. A. Pedone, Paris, 1904.
- LETOURNEUR (Maxime), MERIC (Jean-Jacques), « Conseil d'Etat et juridictions administratives », Librairie Armand Colin, Paris, 1955.

- LETOURNEUR (Maxime), BAUCHET (Jacqueline), MERIC (Jean-Jacques), « Le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs », Librairie Armand Colin, Droit public interne, Paris, 1970.
- LOURDAU (E.), « Du Sénat et de la magistrature dans la démocratie française », Librairie Germer Baillière et Cie, Paris, 1879.
- MAGNET (Jacques), « La Cour des comptes – Les institutions associées et les chambres régionales des comptes », Berger Levrault, Paris, 5^{ème} éd., 2001.
- MARTIN (Victor) « Les cardinaux et la Curie : tribunaux et offices – la vacance du siège apostolique », Librairie Blond et Gay, Bibliothèque catholique des sciences religieuses, Paris, 1930.
- MARTIN-SARZEAUD (George), « Recherches sur l'inamovibilité de la magistrature », éd. George Marchal et Billard et Cie, Paris, 1881.
- MASSON (Gérard), « L'indépendance des magistrats vis à vis du pouvoir politique de 1870 à nos jours », éd. L'auteur, 1975, Paris.
- MASSON (Gérard), « Les juges et le pouvoir », éd. Alain Moreau et Syros, Paris, 1977.
- MOUSNIER (Roland), « La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII », PUF, Paris, 2^{ème} éd., 1971.
- PAISANT (Gilles), « De la place de la coutume dans l'ordre juridique haïtien – Bilan et perspectives à la lumière du droit comparé », Actes du colloque des 29-30 novembre 2001, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 2002.
- PAUTI (Monique), « Les magistrats de l'ordre judiciaire », Editions nationales administratives et juridiques, Paris, 1979.
- PERROT (Roger), « Institutions judiciaires », Montchrestien, Domat droit privé, Paris, 11^{ème} édition, 2004.
- RENOUX (Thierry S.), « Le Conseil constitutionnel et l'Autorité judiciaire – L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel », Economica-Puam, Droit public positif, t. 8, 1984.
- RENOUX (Thierry S.) [dir.], « Conseils supérieurs de la magistrature en Europe », Actes de la Table ronde internationale de la Mission Droit et Justice, de Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle et l'Institut d'études

juridiques ibériques et ibéro-américains du 14 septembre 1998, La documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, Paris, 2000.

- RENOUX (Thierry S.) [dir.], « Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet », Actes de la XI^{ème} Table ronde internationale de justice constitutionnelle des 15-16 septembre 1995, Annuaire international de justice constitutionnelle, Economica-PUAM, 1995.
- RIVERO-CABOUAT (Noëlle), « L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité », Actes du colloque européen de la Mission de recherche Droit et Justice de mai 2003, Montchrestien, coll. Grands colloques, Paris, 2005.
- ROCCA (Guy de La), « Le Conseil supérieur de la magistrature (Constitution de la République française : loi du 27 octobre 1946) », éd. L'auteur, Paris, 1948.
- ROSANVALLON (Pierre), « La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité », éd. du Seuil, Points/Essais, Paris, 2008.
- ROYER (J.-P.), MARTINAGE (R.) et LECOCQ (P.), « Juges et notables au XIX^e siècle », PUF, Paris, 1982.
- ROYER (Jean-Pierre), « Histoire de la justice en France », collection Droit fondamental, PUF, Droit politique et théorique, 3^{ème} éd., Paris, 2001.
- ROYER (Jean-Pierre) [dir.], « Les systèmes judiciaires. Cadres institutionnels et statuts de la Magistrature. Europe (France, Belgique, Pays-Bas, Allemagne, Italie, Espagne, Portugal), Japon, Québec », Université du droit et de Science politique de Lille, Centre d'histoire judiciaire, Ministère de la Justice, Conseil de la recherche, Paris, 1993.
- SEGUR (Philippe), « La protection des pouvoirs constitués. Chef de l'Etat, ministres, parlementaires, juges », Bruylant, Bruxelles, 2007.
- SHETREET (Shimon), « Judges on trial – A study of the appointment and accountability of the English judiciary », North-Holland publishing company, Amsterdam, 1976.
- SILVERA (Victor), « La fonction publique et ses problèmes », éd., de l'actualité juridique, Paris, 1969.
- SIMON-SANDRAS (Rosie), « Le statut juridique des curés à la fin de l'ancien régime », Mémoire pour le DEA d'histoire du droit, de l'économie et de la société, Université de Paris II, 1986.

- SPRIET (Jean-Louis), « L'inamovibilité de la magistrature », Thèse de Doctorat, Université de Lille, 1943.
- STIRN (Bernard), FAIRGRIEVE (Duncan) et GUYOMAR (Mattias), « Droits et libertés en France et au Royaume-Uni », éd. Odile Jacob, Paris, 2006.
- TEBOUL (Gérard), « Usages et coutume dans la jurisprudence administrative », LGDJ, Bibliothèque de science administrative, t. 153, Paris, 1989.
- THIREAU (Jean-Louis) [dir.], « Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation », PUF, Publications du Centre d'histoire du droit et de recherches internormatives de l'Université de Picardie Jules-Verne, Paris, 1997.
- TOULEMONDE (Bernard), « Les libertés et franchises universitaires en France », Thèse de doctorat, Université de Lille II, 1971.
- TUNC (André) et TUNC (Suzanne), « Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique – Volume II : le système actuel », Domat Montchrestien, Les systèmes de droit contemporain, Institut de droit comparé de l'université de Paris V, Paris, 1954.
- VAUCHEZ (Antoine), WILLEMEZ (Laurent) [dir.], « La justice et ses réformateurs (1980-2006) : entreprises de modernisation et logiques de résistances », PUF, Droit et justice, 2007.
- VIGOUROUX (Christian), « Déontologie des fonctions publiques », Dalloz, Praxis, Paris, 2^{ème} éd., 2006.
- VIMBERT (Christophe), « La tradition républicaine en droit public français », LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 73, Paris, 1992.
- VOISSET (Michèle), « L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 », LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 39, Paris, 1969.
- VOLCANSEK (Mary L.), « Judicial misconduct – A cross-national comparison », University press of Florida, 1996.
- WARLOMONT (René), « Le Magistrat : son statut et sa fonction », Maison Ferdinand Larcier S.A., Bruxelles, 1950.
- WEIDENFELD (Katia), « Les origines médiévales du contentieux administratif – XIVe-XVe siècle », éd. De Brocard, collection Romanité et modernité du droit, Paris, 2001.

C . Articles de doctrine

1°) Articles de droit français

- ACCOMANDO (Gilles), « L'indépendance du parquet : un débat dépassé : opportunité/légalité et dépendance/indépendance vis-à-vis de l'exécutif », *Gazette du Palais*, 14 août 1997, pp. 1064-1065.
- ALBERTINI (Pierre), « Grade, emploi, fonction : séparation et correspondance », *Revue administrative*, 1982, pp. 143-152.
- ATTULY (Robert), « Feu l'inamovibilité : le nouveau destin de la magistrature d'Outre-mer », *Le Pouvoir judiciaire*, novembre 1959, n° 145, pp. 1-2.
- AUBY (J.M.), « La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire », *AJDA*, janvier 1973, pp. 4-12.
- AUTIN (Jean-Louis) et SUDRE (Frédéric), « La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, juillet-août 1996, n° 4, pp. 777-794.
- BALDOUS (André), « L'intérêt du service dans le droit de la fonction publique », *RDP*, juillet-août 1985, n° 4, pp. 913-980.
- BARRET-KRIEGEL (Blandine), « Liberté et responsabilité du juge », in « La justice et l'Etat », juillet-août 1991, n° 954, pp. 49-51.
- BAVEREZ (Nicolas), « La Cour des comptes : juridiction introuvable ? », *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, 21^e cahier, pp. 173-179.
- BENHAMOU (Yves), « Brèves réflexions sur la légitimité et la responsabilité des juges », *Gazette du Palais*, 3 et 4 septembre 1997, p. 29.
- BENHAMOU (Yves), « Réflexions sur le sentiment corporatiste dans la magistrature – Esquisse d'une approche sociologique et historique du corporatisme judiciaire », *Gazette du Palais*, 15 août 2002, pp. 1249-1253.
- BENHAMOU (Yves), « Vers une inexorable privatisation de la justice ? Contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'Etat », *Recueil Dalloz*, 2003, n° 41, pp. 2771-2774.
- BENHAMOU (Yves), « La commission d'Outreau et la séparation des pouvoirs », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 9, pp. 589-590.

- BESSON (Antonin), « Le Conseil supérieur de la magistrature », Recueil Dalloz, 1960, pp. 1-8.
- BEZIO (Pierre), « Sur l'insuffisance des garanties de carrière accordées aux magistrats – L'Inamovibilité...un mythe ? », Le Pouvoir judiciaire, mars 1960, n° 1960, pp. 1-2.
- BEZIO (Pierre), « Comparaison entre les garanties de carrière des fonctionnaires et des magistrats de l'ordre judiciaire », Le Pouvoir judiciaire, mai 1968, pp. 4-7.
- BIGAUT (Christian) et LAY (Jean-Pierre), « La réforme du Conseil supérieur de la magistrature », Recueil Dalloz Sirey, 1993, 38^e cahier, pp. 275-280.
- BIOY (Xavier), « L'institution judiciaire sous la Ve République : de la logique administrative du service public appliquée à une autorité constitutionnelle », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1^{er} octobre 1999, n° 4, pp.1093-1131.
- BLOCH (Etienne), « Faire carrière sous la Ve République ? », Revue Pouvoirs, 1981, n° 16, pp. 97-105.
- BOIGEOL (Anne), « Les magistrats « hors les murs » », Droit et Société, 2000, n° 44-45, pp. 225-247.
- BONNEFOY (Jean-Louis), « Le juge administratif, juge de la situation du magistrat judiciaire », Gazette du Palais, 1978, n° 2898.
- BONNET (Julien), « Le Conseil d'Etat et le Conseil supérieur de la magistrature », RDP, 2004, n° 4, pp. 987-1014.
- BOTTINI (Fabien), « La juridictionnalisation du régime disciplinaire des agents publics », RDP, 2007, n° 5, pp. 1179-1205.
- BOULOUIS (Jean), « La valeur constitutionnelle des principes de liberté et d'indépendance des enseignants universitaires », AJDA, 20 mars 2004, n° 3, pp. 161-166.
- BRECHON-MOULENES (Christine), « L'impossible définition du Conseil supérieur de la magistrature ? », RDP, mai-juin 1973, n°3, pp. 599-655.
- BREDIN (Jean-Denis), « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », Revue Justices, janvier-juin 1996, n° 3, pp. 161-166.

- BRILLIE (Marina), « Une sanction disciplinaire doit être prévisible », *AJDA*, 1^{er} mars 2004, n° 8, p. 414.
- BRUNET (B.), « Contribution au débat sur la responsabilité des juges : entre éthique et déontologie », *Gazette du Palais*, mars-avril 2000, pp. 598-603.
- BUFFELAN-LANORE (Jean-Paul), « Réflexions iconoclastes sur le statut de la magistrature », *LPA*, 7 décembre 1992, n° 147, pp. 4-8.
- BUFFELAN-LANORE (Jean-Paul), « De l'indépendance de la magistrature », *LPA*, 11 juin 1993, n° 70, pp. 9-14.
- CANIVET (Guy), « La responsabilité des juges en France », *Revue Commentaire*, automne 2003, n° 103, pp. 637-648.
- CANIVET (Guy) et JOLY-HURARD (Julie), « La responsabilité des juges ici et ailleurs », *RIDC*, octobre-décembre 2006, n° 4, pp. 1049-1093.
- CAPASHEN (Gérard), « Un magistrat peut-il être franc-maçon ? », *Recueil Dalloz*, 2001, n° 40, pp. 3203-3204.
- CAUDAL (Sylvie), « Les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 25 juillet 2005, n° 30-34, pp. 1245-1248.
- CHABANOL (Daniel), « Le statut des membres des tribunaux administratifs », *AJDA*, 20 avril 1984, p. 240.
- CHAPUS (René), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1975, 467 p.
- CHARMONT (Joseph), « L'inamovibilité de la magistrature en Algérie devant la Cour de cassation », *Revue algérienne et tunisienne*, 1885, Partie I, pp. 220-232.
- CHARPENEL (Yves), « La réforme du statut de la magistrature », *Recueil Dalloz*, 2001, n° 8, pp. 637-638.
- CHEVALIER (Michel), « La fonction rectorale : la fin des recteurs inamovibles », *Revue administrative*, 1977, n° 175, pp. 9-18.
- CICCIOLO (M.), « Les divers types de responsabilité et de contrôle du juge », *RIDP*, 1975, n° 46, pp. 66-98.
- COMBARNOUS (Michel), « Le nouveau statut des membres des tribunaux administratifs : une évolution inachevée », *AJDA*, avril 1975, pp. 161-165.

- COHENDET (Marie-Anne), « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », RFDC, 2006, n° 68, pp. 712-735.
- COHEN-JONATHAN (Gérard), « Le droit au juge », in « Gouverner, administrer, juger », Mélanges offerts à Jean Waline, Dalloz, 2002, pp. 471-504.
- COLIN (Frédéric), « Le bon fonctionnement du service public », RRJ, 2006, n° 4, pp. 2055-2088.
- COSTA (Jean-Louis), « Nécessité, Conditions et Limites d'un Pouvoir Judiciaire en France », RFSP, 1960, pp. 261-286.
- COSTA (Jean-Paul) et GUYOMAR (Mattias), « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative », AJDA, 20 juin 2001, pp. 514-525.
- DAMIEN (André), « L'indépendance du magistrat », Revue administrative, 2001, n° 324, pp. 602-608.
- DARNANVILLE (Henri-Michel), « La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », AJDA, 20 mai 2001, pp. 416-427.
- DAUVILLIER (Jean), « La notion de chaire professorale dans les universités, depuis le Moyen Age jusqu'à nos jours », Annales de la Faculté de droit de Toulouse, t. VII, fascicule n° 2, 1959, pp. 283-312.
- DAVID (Robert), « Indépendance de la Magistrature ou Indépendance du Magistrat ? », Revue Esprit, juillet-décembre 1947, supplément n° 1, pp. 269-275.
- DEBBASCH (Charles), « Le corporatisme judiciaire, Mythe ou réalité », in Mélanges offerts à André Decocq, « Une certaine idée du droit », Litec, éd. du juriscasseur, 2004, pp. 169-174.
- DEGOFF (Michel), « Réflexions sur les procédures de recrutement universitaire », AJDA, 29 novembre 2004, n° 41, pp. 2250-2255.
- DELALOY (Guillaume), « La réforme du Conseil supérieur de la magistrature : vers un Conseil supérieur du Pouvoir judiciaire ? », Revue administrative, 2000, n° 318, pp. 632-641.
- DOUMBE-BILLE (Stéphane), « La justice judiciaire dans la jurisprudence », RDP, mars-avril 1986, n°2, pp. 345-394.

- DOUVRELEUR (Jean) et DOUVRELEUR (Olivier), « Le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », in Mélanges en l'honneur de Jacques Robert, pp. 323-343.
- DRAGO (Rolland), « Le statut des Magistrats et le juge administratif », Le Pouvoir judiciaire, janvier 1960, n° 147, pp. 3 et 5, février 1960, n° 148, p. 3.
- DRAGO (Guillaume), « Ethique et déontologie du juge constitutionnel français », Recueil Dalloz, 1999, 25^e cahier, pp. 263-269.
- DRAGO (Rolland), « Le Conseil d'Etat français et la Convention européenne des droits de l'homme », Recueil Dalloz, 2001, n° 32, pp. 2619-2627.
- DRAGO (Guillaume), « Le corps judiciaire. Essai de définition à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in Mélanges offerts à André Decocq, « Une certaine idée du droit », Litec, éd. du juriscasseur, 2004, pp. 187-207.
- DREYFUS (Françoise), « Syndicalisme et devoir de réserve dans la magistrature », Gazette du Palais, 12 avril 1973, pp. 211-214.
- DUGUIT (Léon), « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 – 3^e partie : le Pouvoir judiciaire », Revue d'économie politique, pp. 567-615.
- DUMONT (Dominique), « Le retrait des fonctions dans l'enseignement supérieur », LIJ, janvier 2004, n° 81, pp.23-29.
- DUPEYROUX (Olivier), « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », RDP, pp. 565-629.
- DUPEYROUX (Olivier), « Le ministère public auprès des juridictions administratives », in « L'évolution du droit public », in Etudes offertes à Achille Mestre, Sirey, 1956, 572 p.
- DURANT (B.), « Un dogme soumis « à la force des choses » : l'inamovibilité des magistrats Outre-mer », Revue d'histoire du droit, avril-juin 2004, n° 2, pp. 241-262.
- EISENMANN (Charles), « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », in Mélanges en l'honneur de Raymond Carré de Malberg, éd. Constant-Laguerre, 1933, pp. 165-192.
- EISENMANN (Charles), « La justice dans l'Etat », VII La justice, PUF, Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisées, Université d'Aix-Marseille, 1961.

- FAUGERON (Claude), « Justice et opinion publique : l'ère du soupçon », *Revue Pouvoirs*, 1981, n° 16, pp. 89-96.
- FAVOREU (Louis), « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ? » *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992.
- FAVOREU (Louis), « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », « Gouverner, administrer, juger », in *Mélanges offerts à Jean Waline*, Dalloz, 2002, pp. 513-521.
- FAVROT (Karine), « Le contrôle du juge administratif sur la discipline des magistrats de l'ordre judiciaire », *RRJ*, 2001, n° 4, pp. 1693-1737.
- FORT (François-Xavier), « Le licenciement des agents publics, une mesure singulière », *RDP*, 2006, n° 6, pp. 1513-1544.
- FORTIER (Jean-Claude), « Les Conseil supérieur de la fonction publique...Les armées et la participation », *AJDA*, décembre 1970, pp. 672-684.
- FOYER (Jean), « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Revue Pouvoirs*, 1981, n° 16, pp. 17-29.
- FOYER (Jean), « Le corps judiciaire et la loi », *Revue Justices*, janvier-juin 1996, n° 3, pp. 87-96.
- FRAISSEIX (Patrick), « Le contrôle du Conseil d'Etat en matière de décisions disciplinaires et non disciplinaires des magistrats du siège », *LPA*, 14 mai 1993, n° 58, pp. 4-7.
- GABOLDE (Christian), « Du conseiller de préfecture au magistrat administratif », *Recueil Dalloz*, 1964, 7^e cahier, pp. 31-36.
- GANDREAU (Stéphanie), « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law », *RDP*, 2005, n°2, pp. 319-356.
- GARANT (Patrice), « La réforme de la justice administrative au Québec », *RFDA*, janvier-février 1998, n° 1, pp. 40-45.
- GAUDEMET (Paul-Marie), « L'autonomie des universités françaises », *RDP*, 1961, pp. 21-39.

- GENEVOIS (Bruno), « Le commissaire du gouvernement devant les Conseil d'Etat statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion », RFDA, novembre-décembre 2000, n° 6, pp. 1207-1218.
- GENEVOIS (Bruno), « Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable », RFDA, septembre-octobre 2001, n° 5, pp. 991-999.
- GEORGEL (J.), « La dépendance de la magistrature en France », Présence de droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à J. Velu, Bruylant, coll. De l'ULB, Bruxelles, tome 3, 1992, pp. 845-855.
- GICQUEL (Jean), « Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République », Mélanges offerts à Philippe Ardant, 1999, pp. 289-303.
- GJIDARA (Marc), « Les cinquante ans de la création des tribunaux administratifs », Petites affiches, 17 juin 2005, n° 120, pp. 3-21.
- GRAFFIN (Thibault), « Le statut des magistrats devant le Conseil constitutionnel : une défense discutable de l'unité du corps judiciaire au profit d'une exigence forte d'indépendance des magistrats », RDP, 2001, n°3, pp. 831-864.
- GRIDEL (Jean-Pierre), « A propos d'un éventuel retour du juge de paix : réminiscences prospectives », Recueil Dalloz Sirey, 1994, 4^e cahier, pp. 29-30.
- GROSHENS (Jean-Claude), « Réflexions sur la dualité de juridiction », AJDA, 1963, pp. 536-540.
- GUIHAL (Dominique), « L'inamovibilité des juges à l'épreuve des contraintes de gestion », RFDC, 1995, n°24, pp. 795-804.
- GUINCHARD (Serge), « Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre penseur ou franc-maçon et juge? – Réponse impertinente à une question mal posée sur l'indépendance et l'impartialité des juges appartenant à la franc-maçonnerie », in La justice civile au vingt-et-unième siècle, in Mélanges en l'honneur de Pierre Julien, Edilax, Aix-en-Provence, 2003, pp. 203-208.
- HAENEL (Hubert), « Le Conseil supérieur de la magistrature : clef de voûte de l'indépendance de l'autorité judiciaire », La vie judiciaire, Semaine du 24 mars 1996, p. 2.
- HAMIAUT (Marcel), « Le Comité consultatif constitutionnel et la justice – le statut de la magistrature », Le Pouvoir judiciaire, mars 1960, n° 149, pp. 4-5, et avril 1960, n° 150, pp. 3-6.

- HAMSON (Charles John), « Vues anglaises sur le Conseil d'Etat français », RDP, n° 5, 1956, pp. 1049-1057.
- HALPERIN (Jean-Louis), « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », Justices, n° 3, janvier-juin 1996, pp. 13-23.
- HELLO, « De l'inamovibilité des juges dans ses rapports avec le gouvernement républicain », Revue de législation et de jurisprudence, mai-août 1848, pp. 5-27.
- HOLLEAUX (André), « L'Administration des magistrats et leur Indépendance », RFSP, 1963, pp. 44-65.
- HONORAT (Edmond) et BAPTISTE (Eric), « Notion d'emploi laissé à la discrétion du gouvernement », AJDA, 20 février 1990, pp. 90-92.
- JEZE (Gaston), « La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur la discipline et la révocation des fonctionnaires publics », RDP, 1904, pp. 780-808.
- JOUHAUD (Yves), « A propos du statut de la magistrature d'outre-mer », Recueil Penant, août-septembre 1958, pp. 127-160.
- KELLER (Rémi), « Conciliation du droit au maintien en activité et de l'intérêt du service – conclusions sous l'arrêt du 18 février 2005, M. Lamarque », AJDA, 2 mai 2005, pp. 950-952.
- KOERING-JOULIN (Renée), « La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », RSC, octobre-décembre 1990, n° 4, pp. 765-774.
- KOVAR (Robert), « La notion de juridiction en droit européen », « Gouverner, administrer, juger », Mélanges offerts à Jean Waline, Dalloz, 2002, pp. 607-628.
- KRIEGK (Jean-François), « Les Conseils supérieurs de justice, clef de voûte de l'indépendance judiciaire (examen comparatif à partir de critères internationalement reconnus) », Recueil Dalloz, 2004, n° 30, pp. 2166-2171.
- LAGEZE (Pierre-André), « L'ouverture de la magistrature à la société civile », Gazette du Palais, 18 février 1992, pp. 128-130.
- LAGRANGE (Philippe), « Légalité d'une doctrine en matière de gestion de carrière des magistrats du corps judiciaire », AJDA, 24 mai 2004, pp. 1093-1096.

- LAIDIE (Yan), « Les juges administratifs : fonctionnaires ou magistrats ? », AJFP, juillet-août 2004, pp. 176-178.
- LAMARQUE (Jean), « La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958 », RDP, mai-juin 1961, pp. 558-628.
- LAMARQUE (Jean), « Le procès du procès », Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, Paris, 1992, pp. 149-180.
- LAMY (Francis), « Règles relatives aux nominations et aux mutations des hauts fonctionnaires et magistrats », AJDA, 20 juillet-20 août 1991, pp. 557-562.
- LAMY (Francis), « Le Conseil d'Etat et les sanctions infligées aux magistrats », AJDA, 14 juillet 2003, n° 25, pp. 1334-1339.
- LARRIEU (Jacques), « De quelques constantes de la justice politique française depuis la Révolution », RSC, octobre-décembre 1987, n° 4, pp. 801-818.
- LAUBADERE (André de), « Le Conseil supérieur de la fonction militaire », AJDA, janvier 1970, pp. 30-33.
- LAUBADERE (André de), « Organisation du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche », AJDA, avril 1971, pp. 216-218.
- LAURIN (Yves), « La mesure des performances de nos juridictions », Recueil Dalloz, 2006, n° 35, p. 2412.
- LAVAUX (G.-E.), « De quelques principes en matière d'épuration administrative », La Semaine juridique, t. 1, 1947, n° 584.
- LAVIGNE (Pierre), « Les personnes inamovibles dans les services publics français », in Mélanges Robert-Edouard Charlier, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, pp. 157-169.
- LE GOFF (Robert), « Les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont-ils des magistrats ? », AJDA, 16 juin 2003, pp. 1145-1146.
- LEGRAND (André), « Le nécessaire respect de la procédure de recrutement des professeurs d'université », AJDA, 7 juin 2004, n° 21, pp. 1146-1148.
- LEGRAND (André), « Liberté d'expression des enseignants et protection de l'ordre public dans les universités », AJDA, 6 mars 2006, n° 9, pp. 505-509.

- LEMAIRE (Félicien), « Les conventions de la Constitution dans le système juridique français », RFDC, 1998, n° 35, pp. 451-491.
- LEMOYNE DE FORGES (Jean-Michel), « L'avenir du statut des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel au regard des exigences européennes », La Semaine juridique. - Administrations et collectivités territoriales, 25 juillet 2005, n° 30-34, pp. 1255-1300.
- LIBMANN (Jean), « La « politisation » des juges : une vieille histoire ? », Revue Pouvoirs, 1981, n° 16, pp. 43-53.
- LIET-VEAUX (Georges) et VEAUX (Daniel), « De la compétence des juridictions administratives pour connaître de la validité des actes se rattachant au service de la justice judiciaire », RDP, 1945, pp. 421-458.
- LIET-VEAUX (Georges), « Inamovibilité des magistrats et Immunité judiciaire », Pouvoir judiciaire, 8^e année, 1953, n° 77, p. 3.
- LOMBARD (Martine), « La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972 », RDP, 1975, pp. 585-634.
- LOMBARD (Martine), « La responsabilité du fait du service public de la justice – Trente ans après la loi du 5 juillet 1972 », in « Gouverner, administrer, juger », Mélanges offerts à Jean Waline, Dalloz, 2002, pp. 658-669.
- LOMBART (Laurent), « Typologie de la radiation des cadres de la fonction publique : les cas de pure constatation », AJFP, septembre-octobre 2008, pp. 265-272.
- LOMBART (Laurent), « Typologie de la radiation des cadres de la fonction publique : les cas de contestation à connotation disciplinaire », AJFP, novembre-décembre 2008, pp. 319-325.
- LUCHAIRE (François), « Le chef de l'Etat et la fonction juridictionnelle », pp. 307-316.
- LUDET (Daniel), « Quelle responsabilité pour les magistrats ? », Dossier « Les Juges », Revue Pouvoirs, 1995, n° 74, pp. 119-137.
- LUDET (Daniel), « La responsabilité des magistrats », Gazette du Palais, 24 mai 1997, pp. 790-793.
- LYON-CAEN (Pierre), « L'expérience du Syndicat de la Magistrature – Témoignage », Revue Pouvoirs, 1981, n° 16, pp. 55-68 ;

- MAGENDIE (Jean-Claude), « La responsabilité des magistrats », Le Dalloz, 2003, n° 18, pp. 1177-1184.
- MARCOU (Gérard), « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », RFDA, janvier-février 2006, pp. 84-95.
- MARIMBERT (Jean), « Le contrôle restreint du juge administratif sur la notation des magistrats du siège », AJDA, 20 juin 1987, n° 6, pp. 402-405.
- MARTIN (Arnaud), « Le Conseil supérieur de la magistrature et l'indépendance des juges », RDP, 1997, n°3, pp. 741-781.
- MARTIN (Raymond), « Les derniers jours des parlements », Gazette du Palais, janvier-février 2002, pp. 10-16.
- MAUGUE (Christine) et SCHWARTZ (Rémy), « Règles relatives aux nominations et aux mutations des hauts fonctionnaires et magistrats », AJDA, 1991, pp. 509 et s.
- MBONGO (Pascal), « L'originalité statutaire des magistrats du parquet et la Constitution », Revue Pouvoirs, 2005, n° 115, pp. 167-176.
- MELKA (Raymond), MOREL (Stéphane), « La robe fait-elle le juge ? », AJDA, 9 juillet 2007, pp. 1338-1345.
- MENY (Yves), « Les conventions de la Constitution », Revue Pouvoirs, 1989, n° 50, pp. 53-68.
- MERCADAL (Barthélémy), « La légitimité du juge », RIDC, 2-2002, pp. 277-291.
- MERLEY (Nathalie), « Chef de l'Etat et Autorité judiciaire sous la Ve République », RDP, 1997, n°3, pp. 701-739.
- MICHAUD (L.), « Les conseils de préfecture et la justice administrative », Revue politique et parlementaire, t. XII, avril-juin 1897, pp. 267-294.
- MILLER (Gilles), « Les chambres régionales et territoriales des comptes depuis l'arrêt Martinie de la CEDH », AJDA, 2007, pp. 467 et s.
- MONIOLLE (Carole), « Indépendance et liberté d'expression des enseignants-chercheurs », AJDA, 20 mars 2001, pp. 226-240.
- MORANGE (Georges), « Les principes généraux du droit sous la Ve République », RDP, 1960, pp. 1188-1197.

- MOURRAL (A.), « Responsabilité des magistrats d'après M. Morizot-Thibault », *Revue pénitentiaire – Bulletin de la société générale des prisons*, février 2006, n° 2, pp. 334-341.
- NALLET (Henri), « Quelle conception de la justice ? », in « La justice et l'Etat », *RPP*, juillet-août 1991, n° 954, pp. 8-14.
- OLSON (Terry), « Le contrôle du juge sur les nominations aux emplois à la décision du gouvernement », *AJDA*, 2006, pp. 1899 et ss.
- OURLIAC (Paul), « L'office du juge dans le droit canonique classique », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Hébraud*, pp. 627-644.
- PACTEAU (Bernard), « L'indépendance des juges des tribunaux administratifs : commentaires de la loi du 6 janvier 1986 », *RFDA*, septembre-octobre 1986, pp. 783-793.
- PALAU (Yves), « Droit constitutionnel parlementaire : l'évolution du statut des personnels des Assemblées parlementaires », *RFDC*, 1998, n° 34, pp. 321-344 ;
- PATUREAU (Yves), « Magistrature et démocratie en Europe », *Revue administrative*, 1983, pp. 69-71.
- PEPY (Daniel), « Justice anglaise et justice administrative française », *EDCE*, Paris, 1956, pp. 159-175.
- PATUREAU (Yves), « Statut de la magistrature : la réforme pour demain ? », *Revue administrative*, pp. 391-392.
- PHILIPPE (Marcel), « Le Conseil d'Etat et ses tendances actuelles », *RDP*, 1906, pp. 79-89.
- PICARD (Etienne), « L'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, principe fondamental reconnu par les lois de la République », *RFDA*, mai-juin 1998, n° 3, pp. 625-631.
- PINELLI (F.), « Etude historique sur la limite d'âge [1852, ordonnance de 1952], *Pouvoir judiciaire*, 18^e année, 1964, n° 175, pp. 7-9.
- PLANCHET (Pascal), « La validation par le Conseil d'Etat de la prime au mérite des magistrats judiciaires », *AJDA*, 18 janvier 2005, pp. 1519-1525.
- POUMAREDE (Jacques), « La Magistrature et la République. Le débat sur l'élection des juges en 1882 », in *Mélanges en l'honneur de Hébraud*, pp. 665-681.

- PRADEL (Jean) et LABORDE (Jean-Paul), « Du ministère public en matière pénale : à l'heure d'une éventuelle autonomie ? », Recueil Dalloz, 1997, 19^e cahier, pp. 141-144.
- PRADEL (Jean), « Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau – A propos de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 », JCP Edition générale, 4 avril 2007, n° 14, pp. 13-21.
- PRETOT (Xavier), « Statut des membres des tribunaux administratifs et Cour administratives d'appel. Compétence législative », AJDA, 20 juin 1991, n° 6, pp. 474-475.
- PUGET (Henry), « Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat », in « Le Conseil d'Etat », Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire : 4 nivôse an VIII – 24 décembre 1949, Rec. Sirey, Paris, 1952, pp. 109-129.
- QUILICHINI (Paule), « Réguler n'est pas juger - Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », AJDA, 24 mai 2004, pp. 1060-1069.
- RAYMOND (Martin), « Les derniers jours des parlements », Gazette du palais, 4-5 janvier 2002, p. 10-16.
- REMY (Philippe), « La part faite au juge », pp. 22-35.
- RENAUT (Marie-Hélène), « Le service judiciaire et son juge », RDP, mai-juin 1993, n° 3, pp. 769-791.
- RENOUX (Thierry), « Le droit au juge naturel, droit fondamental », RTD civ., janvier-mars 1993, n° 1, pp. 33-58.
- RENOUX (Thierry), « Le Président de la République garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire », Revue Justices, janvier-juin 1996, n° 3, pp. 97-112.
- RENOUX (Thierry), « Le Conseil constitutionnel et l'instruction pénale : juges ou magistrats ? », Revue Justice, avril-juin 1998, n° 10, pp.75-90.
- RENOUX (Thierry), « Quelle justice pour le statut des magistrats ? », RFDC, 2001, n° 48, pp. 724-750.
- RENOUX (Thierry), « Justice de proximité : du mythe à la réalité ? », RFDC, 2003, n° 55, pp. 548-566.

- RENOUX (Thierry), « Le statut des magistrats, garant de la démocratie », Les petites affiches, 18 juin 2003, n° 121, pp. 4-12.
- RENOUX (Thierry), « L'avenir du statut des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel au regard des exigences constitutionnelles », La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales, 25 juillet 2005, n° 30-34, pp. 1249-1254.
- REVERT (Michaël), « Le juge administratif et le procureur. Contribution à l'étude du champ d'application de l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale », AJDA, 3 mars 2003, pp. 369-376.
- RIBADEAU DUMAS (Benoît), « La carrière dans et hors le Conseil d'Etat », Revue Pouvoirs, 2007, n° 123, pp. 73-103.
- RICHER (Laurent), « Indépendance des membres des tribunaux administratifs : des droits du juge à ceux du justiciable », AJDA, 20 mai 1986, pp. 278-283.
- ROBERT (E.), « De la procédure suivie, avant et après désignation par la chambre criminelle, en cas de crimes et délits commis par des magistrats et certains fonctionnaires », chronique, Dalloz, 1979, p. 271.
- ROBERT (Jacques), « La démission du président du Conseil constitutionnel », « Gouverner, administrer, juger », in Mélanges offerts à Jean Waline, Dalloz, 2002, pp. 77-92.
- ROBERT (E.), « De l'indépendance des juges », RDP, 1988, p. 21.
- ROLLAND (Louis), « La réforme des Conseils de préfecture », RDP, 1909, pp. 95-111.
- ROLIN (Frédéric), « Un Berkani européen ? Le nouveau champ d'application de l'article 6 § 1 pour le contentieux des agents publics », AJDA, 9 juillet 2007, pp.1360-1365.
- ROUAULT (Marie-Christine), « Le contrôle des sanctions disciplinaires prononcées contre les magistrats », AJDA, 20 mars 2001, n° 3, pp. 288-291.
- ROUSSEAU (Dominique), « Pour une Cour constitutionnelle », RDP, 2002, n° spécial VIe République, n° 1-2, pp. 363-375.
- ROUSSEL (Violaine), « Scandales politiques et transformation des rapports entre magistrature et politique », Droit et Société, 2000, n° 44-45, pp. 13-39.

- ROUSSELET (Marcel), « 1852-1952, Le centenaire de la limite d'âge », Pouvoir judiciaire, 7^e année, 1952, p. 2.
- ROYER (Jean-Pierre), « La magistrature en Europe », in « La justice et l'Etat », juillet-août 1991, n° 954, pp. 24-27.
- SILVERA (Victor), « Le statut des fonctionnaires investis d'un mandat législatif », AJDA, octobre 1963, pp. 540-545.
- SILVERA (Victor), « Magistrats rapatriés du Maroc suite à la suppression ou au transfert de juridictions », AJDA, 20 juin 1964, n° 6, p. 388.
- SILVERA (Victor), « A propos des assemblées générales des juridictions », La Revue administrative, juillet-août 1970, n° 136, pp. 456-457.
- SABOURIN (Paul), « Un Persan au Conseil d'Etat », AJDA, 20 juillet-20 août 1993, pp. 515-525.
- SARDA (François), « L'intervention du pouvoir dans les instances judiciaires », Revue Pouvoirs, 1981, n° 16, pp. 69-78.
- SARGOS (Pierre), « Points communs et divergences des deux ordres de juridiction », AJDA, 20 septembre 1990, pp. 585-590.
- SAUVAGEOT (Frédéric), « Le serment des hautes autorités étatiques : une institution à développer », RDP, janvier-février 2006, n° 1, pp. 201-230.
- SAUVEL (Tony), « Les origines des Commissaires du Gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux », RDP, 1949, pp. 5-20.
- SAUVEL (Tony), « La justice retenue de 1806 à 1872 », RDP, mars-avril 1970, n° 2, pp. 237-285.
- SCHWARTZ (Rémy), « Le statut des magistrats administratifs ne relève pas entièrement de la loi », AJDA, 19 avril 2004, n° 15, pp. 827-830.
- SEIF (Ulrike), « Droit et justice retenue : sur les origines de la garantie du « juge naturel » en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVIIe au XIXe siècle », Revue historique de droit, avril-juin 2005, pp. 215-245.
- SIMBILLE (Jocelyne), « La théorie de l'abandon de poste : une anomalie dans le droit disciplinaire de la fonction publique », AJDA, 20 juillet-août 1984, pp. 420-429.

- SOMBETZKI-LENGAGNE (Delphine), « L'obligation de résidence des fonctionnaires à l'épreuve du droit européen », AJFP, 2003, pp. 28 et s.
- STIRN (Bernard), « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », AJDA, 20 septembre 1990, pp. 591-594.
- TANGUY (Yann), « La durée d'affectation des enseignants du secondaire dans les universités ne peut être limitée par circulaire », AJDA, 26 janvier 2004, n° 3, pp. 161-163.
- TANGUY (Yann), « Les pouvoirs du président de l'université dans le recrutement des maîtres de conférence », AJDA, 9 février 2004, n° 5, pp. 281-282.
- TERNEYRE (Philippe), BECHILLON (Denis de), « Le Conseil d'Etat, enfin juge ! », Revue Pouvoirs, 2007, n° 123, pp. 61-71.
- THERON (J.P.), « De l'indépendance du juge judiciaire dans la doctrine française », Gazette du palais, 18 novembre 1976, pp. 647-652.
- TOURDIAS (Maurice), « Indépendance des membres des tribunaux administratifs : la loi du 6 janvier 1986 », AJDA, 20 mai 1986, pp. 275-277.
- TURPIN (Dominique), « Pouvoir ou autorité juridictionnelle », RDP, n° 1-2, 2002, pp. 385-392.
- TROPER (Michel), « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », Revue Pouvoirs, 1981, n° 16, pp. 5-15.
- TSALPATOUIROS (Eva), « Applicabilité de l'article 6 § 1 de la CEDH dans le contentieux disciplinaire des magistrats », AJDA, 5 mai 2008, pp. 932-934.
- TUNC (René), « La grève de la justice ? », La Revue administrative, 1951, pp. 530-531.
- TUNC (René), « Le statut de la magistrature », La Revue administrative, 1952, pp. 514-515.
- TUNC (René), « L'unité de la magistrature », La Revue administrative, 1952, pp. 407-408.
- TUNC (René), « Les magistrats sont-ils condamnés au célibat ? », La Revue administrative, 1952, pp. 296-297.
- VAISSIERE (François de La), « Vous avez dit...impartial ! », Gazette du Palais, mai-juin 2003, pp. 1530-1532.

- VATIER (Bernard), « La justice est-elle un service public ? », in *Mélanges offerts à Pierre Dray*, Dalloz, Paris, 2000, p. 141 et s.
- VEDEL (Georges), « Réflexions sur la justice universitaire », in *Mélanges Trotabas*, 1970, pp. 559-570.
- VERICEL (Marc), « Pour une véritable justice de proximité en matière civile », *La semaine juridique – Edition générale*, n° 10, 5 mars 2003, pp. 389-392.
- VITU (André), « La mise en œuvre de la responsabilité pénale des magistrats et des membres de la police judiciaire en droit français », *Mélanges en hommage de Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, 1971, pp. 373-401.
- WALINE (Marcel), « Pouvoir exécutif et justice », *La justice VII*, PUF, Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisées, Université d'Aix-Marseille, 1961.
- WIEDERKEHR (Georges), « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, « Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs »*, Dalloz, Paris, 1995, pp. 575-586.
- WOLFF (Gérard), « Les magistrats », *RDP*, novembre-décembre 1991, n°6, pp. 1641-1674.
- WRIGHT (Vincent), « Le Conseil d'Etat et l'affaire de la confiscation des biens d'Orléans en 1852 », *EDCE*, n° 21, 1968, pp. 231-249.
- WRIGHT (Vincent), « Politique et justice en temps de crise : l'épuration de la magistrature inamovible pendant la guerre de 1870-1871 », *Revue administrative*, 1999, n° 307, pp. 66-71, et n° 308, pp. 182-195, n° 309, pp. 305-310.

2°) Articles de droit comparé

- ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), « Les organes chargés de juger l'administration », *RFDA*, mars-avril 2008, pp. 241-244.
- ANGHELOPOULOS (Théodore), « Dispositions de la nouvelle Constitution Hellène relatives à la situation juridique des fonctionnaires publics, à l'administration locale et à la justice administrative », *RISA*, 1929, pp. 252-268.
- ANTOINE (Aurélien), « Les enjeux de la création d'une cour suprême au Royaume-Uni et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RIDC*, 2008, n° 2, pp. 383-391.

- BOUCOBZA (Isabelle), « Conseil supérieur de la magistrature en France et en Italie : les enseignements tirés des débats actuels », *Revue juridique des Barreaux*, février-juin 1999, n° 55-56, pp. 27-64.
- BEAUSSE DE LA HOUGUE (Claire de), « Un aspect des réformes constitutionnelles au Royaume-Uni : La disparition du Lord Chancelier. D'une Constitution non écrite vers une Constitution écrite ? », *RFDC*, 2005, n° 62, pp. 291-310.
- BON (Pierre), « Indépendants et responsables ? Note sur la situation constitutionnelle des juges espagnols », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 14, pp. 90-96.
- BROOKE (Henry), « Judicial independence – Its history in England and Wales », in *Fragile bastion – Judicial independence in the nineties and beyond*, Judicial Commission of New South Wales, Sydney, 1997, www.judcom.nsw.gov.au.
- CIVININI (Maria Giuliana), « Le statut du magistrat en Italie », *RIDC*, 2007, n° 1, pp. 7-25.
- DEMEER (Yves), « L'impeachment dans les institutions anglaises et américaines », *Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques Teneur*, Université de droit et de la santé de Lille, collection des travaux de la Faculté des sciences politiques, juridiques et sociales de Lille, t. 1, 1977.
- DOYLE (John), « The well-tuned cymbal », in *Fragile bastion – Judicial independence in the nineties and beyond*, Judicial Commission of New South Wales, Sydney, 1997, www.judcom.nsw.gov.au.
- DUMONT (Gilles), « Le statut des juges de l'administration », *RFDA*, mars-avril 2008, pp. 264-266.
- FERREJOHN (John A.), KRAMER (Larry D.), « Independent judges, dependent judiciary : institutionalizing judicial restraint », *New-York University law review*, vol. 77.962, October 2002, pp. 962-1039.
- GARANT (Patrice), « La réforme de la justice administrative au Québec », *RFDA*, janvier-février 1998, n° 14, pp. 39-45.
- GARDNER GEYH (Charles), « The origins and history of federal judicial independence », in *Report of the Commission on separation of powers and judicial independence*, « An independent judiciary », American Bar Association, Washington, 1997, www.abanet.org.

- JEAN (Jean-Paul) et PAULIAT (Hélène), « L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité », Recueil Dalloz, 2005, n° 9, pp. 598-607.
- JOWELL (Jeffrey), « Les juges et le contrôle de l'administration en Grande-Bretagne », RFDA, juillet-août 1979, n° 4, pp. 1059-1082.
- LANE (P.H.), « Constitutional aspects of judicial independence », in Fragile bastion – Judicial independence in the nineties and beyond, Judicial Commission of New South Wales, Sydney, www.judcom.nsw.gov.au.
- MARINELLI (Vincenzo), « Obligations et devoirs des magistrats en Italie », Petites affiches, 1^{er} février 2008, n° 24, pp. 6-10.
- McKILLOP (Bron), « The judiciary in France – Reconstructing lost independence », in Fragile bastion – Judicial independence in the nineties and beyond, Judicial Commission of New South Wales, Sydney, www.judcom.nsw.gov.au.
- MENDES-CONSTANTE (Jorge), « Les principes constitutionnels et l'organisation juridictionnelle. L'exemple du Portugal », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2003, n° 14, pp. 97-101.
- MICHEL ROBERT (J.J.), « Importance et indépendance des tribunaux administratifs : réalités et illusions », 18^e congrès annuel de la Conférence des juges administratifs du Québec, Montréal, 19 septembre 2002.
- MICHEL ROBERT (J.J.), « L'indépendance judiciaire de Valente à aujourd'hui : les zones claires et les zones grises », 6^e Conférence Albert-Mayrand, Université de Montréal, 14 novembre 2002.
- MORISSETTE (Yves-Marie), « Comment concilier déontologie et indépendance judiciaire ? », McGill Law Journal, 2003, vol. 48, pp. 297-321.
- NASH (Michael), « The removal of judges under the Act of Settlement (1701) », Glion Institute of Higher Education, 31st July 2007, 7 p.
- OLIVER (Dawn), « Vers une constitution britannique fondée sur des principes normatifs », RIDC, 2008, n° 4, pp. 808-818.
- ORTH (John), « Who judges the judges ? », Florida state university law review, 2005, n° 32, pp. 1245-1258.
- PAPAHADJIS (Georges), « La révision constitutionnelle en Grèce (1952) et les garanties d'inamovibilité des fonctionnaires publics », pp. 826-833.

- Parliament of Australia, « Relations with the judiciary », *Odger's Guide to Australian Senate Practice*, eleventh edition, www.aph.gov.au.
- PRAKASH (Saikrishna), SMITH (Steven D.), « Removing federal judges without impeachment », *The Yale law journal pocket part*, 2006, n° 116, pp. 95-100.
- REDISH (Martin H.), « Response : Good behaviour, judicial independence, and the foundations of American constitutionalism », *The Yale law journal*, 2006, n° 116, pp. 139-158.
- RENOUX (Thierry), « Le pouvoir judiciaire en France et Europe continentale : approche comparative », *RDP*, 1999, n° 4, pp. 965-984.
- SCOFFONI (Guy), « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC*, 1999, n° 2, pp. 243-280.
- WETTINCK (Christian), « Le système belge », in « La justice et l'Etat », *RPP*, 1991, juillet-août 1991, n° 954, pp. 15-17.
- WIEDERKEHR (Georges), « Les statuts européens », in « La justice et l'Etat », *RPP*, 1991, juillet-août 1991, n° 954, pp. 21-23.

D . Rapports et travaux préparatoires

- BLANC (Etienne), « Dispositions statutaires applicables aux membres de la Cour des comptes », rapport n° 3090 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi portant dispositions statutaires applicables aux membres de la Cour des comptes, Assemblée nationale, 17 mai 2006.
- BOULATIGNIER, « Des conseils de préfecture », rapport n° 58 fait au nom de la section de la législation sur le livre quatrième de la loi sur l'administration publique, Conseil d'Etat, avril 1851.
- COINTAT (Christian), rapport d'information n° 345 fait au nom de la commission des lois par la mission d'information sur l'évolution des métiers de la justice, Sénat, 3 juillet 2002.
- Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. I : « Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958 », La documentation française, Paris, 1987.

- Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. II : « Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958 », La documentation française, Paris, 1988.
- Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^{ème} République, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. III : « Du Conseil d'Etat au référendum, 20 août-28 septembre 1958 », La documentation française, Paris, 1991.
- Conseil d'Etat, « Les autorités administratives indépendantes », rapport public 2001, La documentation française, EDCE, n° 52, Paris, 2001.
- Conseil d'Etat, « Perspectives pour la fonction publique », rapport public 2003, La documentation française, EDCE, n° 54, Paris, 2003.
- Conseil supérieur de la magistrature, rapport d'activité pour l'année 1999, Les éditions des Journaux officiels, 2000.
- Conseil supérieur de la magistrature, rapport d'activité pour l'année 2002-2003, Les éditions des Journaux officiels, 2004.
- Conseil supérieur de la magistrature, rapport d'activité pour l'année 2004-2005, Les éditions des Journaux officiels, 2006.
- Conseil supérieur de la magistrature, rapport d'activité pour l'année 2007, Les éditions des Journaux officiels, 2008.
- DEVEDJAN (Patrick), « Justice, autopsie d'une réforme », rapport n° 2137 fait au nom de la commission des finances sur les moyens et la réforme de la justice, Assemblée nationale, 3 février 2000.
- FANTON (Antoine), rapport n° 356 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnel adopté par le Sénat, portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX et X, Assemblée nationale, 17 juin 1993.
- FAUCHON (Pierre), GAUTIER (Charles), « Un recrutement diversifié, une formation ambitieuse : les impératifs d'une justice de qualité », rapport n° 383 fait au nom de la commission des lois par la mission d'information sur le recrutement et la formation des magistrats de carrière, Sénat, 11 juillet 2007.

- FLOCH (Jacques), rapport n° 930 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle n° 835 relatif au Conseil supérieur de la magistrature, Assemblée nationale, 27 mai 1998.
- GELARD (Patrice), « Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié », rapport fait au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, n° 3166 (Assemblée nationale), n° 404 (Sénat), 15 juin 2006.
- HYEST (Jean-Jacques), rapport n° 176 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique relatif au recrutement, à la formation et à la discipline des magistrats, Sénat, 24 janvier 2007.
- HYEST (Jean-Jacques), rapport n° 837 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnel adopté par l'Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la V^{ème} République, Sénat, 11 juin 2008.
- HORY (Jean-François), rapport n° 3126 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs, Assemblée nationale, 28 novembre 1985.
- HOUILLON (Philippe), « Réforme de la justice après Outreau : une première étape », rapport n° 3499 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi organique relatif à la formation et à la responsabilité des magistrats, Assemblée nationale, 6 décembre 2006.
- LECERF (Jean-René), rapport n° 635 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 65 de la Constitution, Sénat, 29 septembre 2009.
- LUART (Laurent du), « La LOLF dans la justice : indépendance de l'autorité judiciaire et culture de gestion », rapport n° 478 fait au nom de la commission des finances sur la mise en œuvre de la LOLF dans la justice judiciaire, Sénat, 13 juillet 2005.
- MICHEL (Jean-Pierre), Rapport n° 927 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif aux présidents des chambres régionales de comptes et au statut des membres des chambres régionales des comptes, Assemblée nationale, 10 juin 1982.
- PILLET (Paul), Rapport n° 339 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif aux présidents des chambres régionales des comptes et au statut des membres des chambres régionales des comptes, Sénat, 19 mai 1982.

- ROUX (Xavier de), « Réforme de la justice après Outreau : une première étape », rapport n° 3500 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi modifiant la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur, Assemblée nationale, 6 décembre 2006.
- Sénat, « Le régime disciplinaire des magistrats du siège », Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, janvier 2004, n° LC 131.
- THYRAUD (Jacques), rapport n° 237 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs, Sénat, 18 décembre 1985.
- VALLINI (André) et HOUILLON (Philippe), « Au nom du peuple français, juger après Outreau », rapport n° 3125 fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, Assemblée nationale, 6 juin 2006.
- WARSMANN (Jean-Luc), rapport n° 892 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^{ème} République, Assemblée nationale, 15 mai 2008.

INDEX

A

Act of settlement, 220-222, 225-227, 232, 691, 692, 709, 730, 794, 833

Address, 220-221, 224, 227, 691, 794, 820-821

Affectation d'office, 25, 281, 320-322, 324, 326-329, 332, 454, 463

Allemagne, 82-83, 231, 241, 331, 450, 481, 710, 719, 730-732, 750-751, 769, 790, 802, 808, 816, 821-823, 907

Ancienneté, 358, 371, 402, 404, 418-419, 462, 525, 540, 581, 583, 585-587, 599, 626-627, 631, 633, 736, 754, 792, 810, 845, 855-856, 895

Article 6 § 1, 30, 35, 262-267, 611-614, 653-656, 658, 687, 798, 965, 967

Auditeur, 281, 283, 351, 542, 580, 582-586, 596, 617, 844

Avancement au choix, 419, 600, 667, 894

Avis conforme, 25, 154, 156, 192, 240-241, 314, 423, 487-488, 491, 493, 552, 612, 739, 774, 780, 783-784, 791-793, 902

C

Canada, 16, 29, 30, 32-33, 35-36, 229, 230, 232, 377, 433, 674-677, 698, 718, 727, 729, 736, 752-753, 770-772, 794-797, 803, 820-821, 829, 835, 866-868, 910

Carte judiciaire, 389, 406, 408

Coke, 673-674, 705

Collégialité, 111, 428, 431-438, 525, 591, 877

Commission d'avancement, 213, 241, 419, 791

Composition paritaire, 807, 812-813

Conseil canadien de la magistrature, 771, 868

Conseil constitutionnel, 11, 25, 27, 32, 40, 43-44, 47, 49-50, 53, 66, 202, 236, 255, 257-261, 269-270, 272-273, 280, 288, 293, 303, 304-306, 310, 315-317, 319, 320-322, 326, 328, 330-333, 347,

363, 379, 392, 394-395, 401, 405, 423-425, 428-430, 437-439, 447, 489-490, 492, 494, 497, 500, 508-515, 518-519, 532, 590, 601, 630, 632-633, 637, 641, 660, 668, 680-681, 697, 699, 708, 710, 712-713, 716, 718, 725-726, 739-740, 745, 747-749, 751, 753, 756-757, 759, 764, 777, 781-783, 785, 804, 809, 813, 816, 842, 878, 881, 883, 885, 900, 915, 916, 925, 928, 931, 940, 942, 949, 956, 958, 964, 965, 969, 970, 984, 986

Conseil d'Etat, 1, 11, 19, 27, 29, 40, 43-45, 47, 61, 155, 157, 159-160, 162, 169, 190-192, 202, 204, 209-210, 216-218, 237-251, 253-255, 257, 261, 263, 265-266, 273, 276-279, 289, 290-292, 294-296, 298-309, 311, 330-331, 352, 366, 380, 383-384, 394, 397, 407, 422-423, 438, 444-445, 449, 451, 453-456, 460, 467-468, 471-473, 477, 491, 496-497, 499, 500, 501-503, 505-508, 517, 519, 520, 525, 537, 543-544, 547-549, 551-553, 557-584, 586-625, 627, 630, 632-634, 638-640, 642-648, 650-655, 658-670, 678-680, 690, 695-696, 698-699, 707, 713, 725-726, 740-754, 757, 759-760, 764, 770, 781, 783-784, 817, 855, 863, 875, 878-879, 883, 886-887, 889, 894-895, 899, 902-903, 915, 919, 926, 930, 940, 943, 945, 947-949, 952-953, 955-960, 963-968, 971-972, 984, 986

Conseil de la justice, 762, 768, 770, 775-777, 779-780, 788-791, 797, 806, 811, 856

Conseil supérieur de la Cour des comptes, 545-547, 603, 755

Conseil supérieur de la magistrature, 52, 124, 149, 157, 173-174, 184, 189, 190-196, 206-207, 212-213, 215, 240-241, 243-248, 253-254, 265, 274, 290-297, 299, 301-308, 314, 316, 321, 323-327, 399, 421-422, 437, 445, 491, 501, 505-506, 537, 545-546, 603, 615, 621-622, 651, 701, 734, 738-739, 755, 760-762, 763, 765, 768, 770, 774-775, 777, 779, 781-786, 788-789, 791-792, 799, 801, 804-805, 807-809, 812, 821, 841, 850-851, 862, 865-867, 873-876, 884-885, 887, 888, 902-903,

908, 911, 917-918, 922, 944, 946, 948, 950,
953, 955, 958, 962, 969, 972-973, 983-985

**Conseil supérieur des chambres régionales des
comptes**, 534, 536-38, 545, 603, 615

**Conseil supérieur des tribunaux administratifs et
des cours administratives d'appel**, 547, 612,
619, 760

Consentement par avance, 735, 738, 786

Consentement préalable, 25, 240, 272, 311, 313-
314, 316-322, 324, 328, 329, 331-332, 408, 411,
454, 462, 488, 493-494, 533, 536, 556, 757-758,
766, 781-786, 791, 847, 887-888, 902, 918

Convention de la Constitution, 623, 633-634, 637-
638, 986

Corporatisme, 52, 193-194, 465, 466, 799, 804,
806-807, 864, 918, 952, 955

Cour de cassation, 1, 11, 19, 36, 66, 137, 139, 149,
154-156, 166, 170-173, 176-178, 189-191, 193,
196, 202, 208, 210, 213, 216, 238, 241, 244-
245, 250-251, 253-254, 259, 261, 267, 272, 274-
276, 282, 284, 286-288, 293-294, 296, 302, 303-
304, 307-309, 314, 317, 319, 326, 335, 340,
345, 350, 354, 356, 360, 362, 388, 398, 405,
414-415, 417, 419-422, 427, 443-445, 467, 477,
488-489, 506, 518, 522, 581, 617, 650, 653,
668, 689, 709, 716, 744, 748, 759, 768, 774,
780, 783, 801, 839, 842, 857, 865, 869, 874,
876, 878-879, 883, 890, 892, 894, 901, 903-905,
913, 915, 920, 932-934, 942, 944, 954-955, 984

Cour des comptes, 39-40, 44, 61, 63, 210, 384,
407, 506, 517, 519-537, 539-549, 603, 614-616,
618-619, 623, 709, 719, 745-746, 748,
752, 755, 756-757, 759-760, 878, 879, 887,
889, 899, 908, 919-920, 933, 935, 942, 946,
949, 952, 971, 986

Cour européenne des droits de l'homme, 30, 35,
69, 233, 236, 261-262, 264, 266, 470, 604, 613,
630, 645-746, 749, 753, 847, 856, 901, 903,
907, 952, 984

Cour suprême du Canada, 32, 676, 795, 821

Coutume, 21, 47, 102, 116, 118, 342, 351, 546,
586, 588, 599, 602-603, 623-637, 640, 644, 669,
671-672, 679, 696, 704, 949, 951, 986

Crémieux, 136, 140, 181, 932, 935

Curia regis, 71, 74-76, 79, 80, 82, 85, 116, 219,
224, 520, 561, 704, 747, 802, 910

D

Décorations, 688, 843, 845-847

Défenseur des droits, 48, 500, 507, 777

Démission d'office, 171, 178, 285, 299, 505, 510-
511, 513-514, 897

Déontologie, 500-501, 505, 507, 561, 622, 769,
773, 826, 837, 838, 840, -41, 851, 864-869, 876,
877, 945, 954, 956, 970

Déplacement d'office, 50, 192, 193, 242, 247, 249,
264, 296-298, 321, 324, 400, 439, 488, 492-493,
615, 620, 785, 793

Détachement, 419, 534, 615, 886, 887, 889, 892,
894, 896

Dieu, 72, 74-75, 94, 98, 114, 335-336, 341, 371,
373-376, 518, 618, 684, 838, 839, 858-859

Disponibilité, 456-457, 552, 627, 886-887, 891-
893, 931

Dogme, 154, 313, 347, 381, 389, 518, 678, 697,
729, 956

Droit de grève, 300, 452

Dualité fonctionnelle, 559, 741, 746, 748, 752, 952

Dupin, 29, 286, 384, 690, 869, 870, 873

Durée préétablie, 26, 27

E

Egalité, 416, 421, 423-430, 438, 447, 464, 497,
500, 504, 573, 654, 686, 738, 768, 772, 787,
807, 848, 896

Empêchement, 329, 392, 506-507, 550, 552, 596,
620, 788, 813

Enseignant-chercheur, 494-499

Espagne, 83, 229-230, 701, 751, 761, 768, 775,
779, 790, 808-809, 907, 950

Etats-Unis, 137, 216, 218-219, 222-229, 232, 433,
673, 675, 685, 690, 709, 712, 718-719, 730,
731, 770, 794, 816, 818-820, 823, 827, 833,
841-842, 848-849, 867, 928, 930, 941, 948, 951

Exauctoration, 871, 872

F

Fief, 71-73, 75, 80, 82, 105, 343

Fonctions consultatives, 264, 566, 634, 660, 742-
749, 751, 752, 762, 899

Forfaiture, 86, 93, 100, 106, 110, 122, 123, 125-126, 132, 138-139, 145, 148, 158, 183, 184, 186, 187, 293, 355, 398, 409, 440-445, 474, 708-709, 814, 833, 835-836, 860, 870, 983

G

Gambetta, 135, 182-183, 597, 598, 627, 661, 748

Garantie juridictionnelle de l'inamovibilité, 377, 473, 526-527, 539, 541-542, 545, 552, 556, 603, 651, 853, 893, 902

Good behavior, 227, 691, 730

Gouvernement des juges, 66-67, 97, 118, 205, 363, 442, 508, 681, 702, 710-712, 715, 716, 717-720, 819, 820, 948

Grade, 163, 241, 272-276, 279, 289-290, 326, 329, 382, 417-423, 448, 453, 455, 457-463, 495, 523, 528, 529, 535-536, 541, 546, 557, 585, 617, 620, 668, 791, 796, 910

Grèce, 231, 751, 796, 848, 970

H

Hamilton, 222, 689, 710, 818, 833

Hello, 398, 525, 879, 924, 925, 932, 933

Hérédité des offices, 69, 70, 104, 108, 110, 130, 272, 277, 313, 401, 432

Hiérarchie, 63, 73, 79, 80, 97, 109, 138, 165, 171, 183, 235-236, 241, 273-274, 285, 288, 311, 323, 325-326, 349, 354, 404, 416-423, 457-459, 461-462, 486, 500-501, 529, 600, 640, 668, 697, 713, 719, 764, 791, 861, 879, 881-882, 888, 906, 928

Honorariat, 285, 289, 290-291, 893

I

Immobilité, 310, 323, 375, 379-380, 580, 643, 645, 657, 729, 736-737, 917

Impartialité, 7, 13, 35-36, 49, 57, 166, 313, 345, 370, 373-374, 376, 377-378, 382, 501, 510, 532, 560, 565, 613, 616, 619-620, 655, 675, 681, 683-684, 686-692, 696, 701-702, 718, 720, 722, 727, 729, 730, 736, 742, 746, 747, 752-753, 769, 773, 775, 782, 786, 791, 799, 801, 806, 808, 810-811, 813, 822, 829-833, 835, 839-842, 847-848, 850, 853-854, 856, 869, 874, 880, 895, 896, 897-898, 904-905, 907-908, 910, 915-917, 920, 922, 924, 937, 958, 991

Impeachment, 219, 222-228, 675, 710, 770, 818, 820, 823-825, 827, 969, 971

Inamovibilité de résidence, 25, 240, 310-317, 319-320, 323-324, 326, 328, 330-333, 400, 426, 527, 528, 533, 556, 580, 692, 697, 756, 766, 782, 784, 786-787, 791, 847, 886-887, 918

Inamovibilité des fonctions, 25, 270-271, 291, 310, 312, 323, 330, 766

Incompatibilités, 505, 515, 529, 848, 883, 891, 892-893

Intérêt du service, 18, 25, 88, 274, 310, 398, 400-401, 428, 439, 449, 453-454, 492, 497-498, 504, 552, 696, 724-726, 902, 952, 959

Irresponsabilité, 19, 20, 22, 51, 132, 379, 396, 559, 560, 564, 566, 570, 809, 858, 861-862, 870, 872, 947, 986

Irrévocabilité, 18, 51, 81, 120, 126, 132, 179, 271, 375, 379, 399, 473, 476-477, 479, 500, 502, 503-504, 506, 508-510, 513, 515, 524-526, 538-540, 542, 558, 570, 591, 600-601, 615-618, 623, 643, 645, 654, 656-657, 659, 679-680, 692, 708, 729, 768, 858, 863-864, 867, 916-918, 922

Italie, 73, 106, 229, 230, 265, 314, 706, 737, 751, 761, 765, 767-768, 775, 779, 784, 788-789, 790, 792, 808-809, 850, 907, 930

J

Jacomet, 628, 630, 638-639, 646, 648-651, 653-654, 659-661, 666-667, 883

Juge colonial, 154

Juge de proximité, 241

Juge élu, 132, 151

Juge naturel, 122, 163, 248, 425, 426-427, 430, 787-788, 964, 966, 984

Juge unique, 35, 309, 327, 428, 429, 430-431, 433, 434, 435, 436, 438

Jugement par les pairs, 511, 525, 616, 617, 680, 800, 802-804, 922

Jusqu'à l'âge de la retraite, 380, 416, 731-732

Justice déléguée, 62, 161, 208, 238, 473, 561, 572, 574, 604, 606-609

Justice retenue, 62, 97, 237-238, 426, 560-561, 564, 572, 604, 606-608, 966

L

Licenciement, 453, 458, 852, 957

Limite d'âge, 110, 178, 285-288, 383, 384, 389, 400, 503, 527-528, 534, 588-590, 645, 667-668, 730-732, 914, 926, 963, 966

Loi du 30 août 1883, 28, 51, 142, 154, 178, 180, 182, 185, 192-193, 196, 240, 244-245, 254-256, 290, 293, 307, 310, 314, 349, 379, 384, 390, 396, 398, 409, 412, 414, 801, 843, 858, 921, 948

Loi fondamentale du Royaume, 923

M

Magistrat du parquet, 196, 288, 808

Maupéou, 70, 108, 121, 125-126, 339, 348, 355, 401, 947

Médiateur de la République, 305, 500, 502, 506-507

Mercuriale, 337, 399, 836, 839

Michel Debré, 53-55, 63, 96, 197, 203-204, 209, 213, 360, 387, 394, 452, 754, 764, 915, 928, 931

N

Neutralité, 36, 49, 689, 720, 817, 832, 879

Nomination à vie, 133, 139, 221, 285, 476, 527, 730, 732

O

Office vacant, 100, 123

Ordonnance du 21 octobre 1467, 90, 93, 95-97, 108-109, 119, 122, 180, 333, 361, 398-399, 401, 440, 442, 523, 691, 801, 833

P

Parlements d'Ancien Régime, 66, 146, 203, 308, 382, 476, 508, 634, 705, 712, 799, 923

Patrimonialité, 70, 90, 97, 104, 107-108, 112, 126, 132, 333, 343, 362, 399, 432-433, 458, 484, 521, 793, 848-850

Pendant la durée de leurs fonctions, 133, 218, 264, 420, 476

Période probatoire, 526, 853

Poste, 22, 145, 149, 156-157, 173, 223, 266, 272, 274, 275, 279, 281-282, 284, 298, 299, 301,

319, 323-324, 351, 354, 355-358, 399, 403-404, 408, 410-412, 422, 505, 536, 551, 582, 585-586, 589-590, 596-597, 657, 667, 690, 693, 731, 733, 734-735, 738, 782, 784, 786-787, 791, 818, 823, 829, 833, 844, 895, 911, 929, 966

Q

Question prioritaire de constitutionnalité, 202, 910

R

Rapporteur public, 604, 607, 613, 899

Recall, 224, 819, 820

Référé liberté, 242-243, 252

Référé suspension, 243, 903

Réintégration, 242, 243, 276, 278-279, 280, 639, 650, 663, 931, 933

Rémunération, 32, 85, 231, 243, 245, 280, 413, 463, 614, 675, 793, 795-797, 886

Résignation, 93, 100-102, 104-106, 109-110, 125, 284, 349, 350, 399, 409

Responsabilisation, 858, 863-864, 867, 869, 912, 922, 987

Responsabilité civile, 439-440, 818

Responsabilité constitutionnelle, 710, 814, 821-823, 825-827

Responsabilité pénale, 440, 442-444, 446, 707, 825, 968

Responsabilité politique, 20, 356, 451, 564, 594, 693, 700, 703, 770, 814-820, 822, 825-827

Retraite d'office, 23-25, 156, 192-193, 238, 247, 279, 285, 296-297, 380, 455, 495, 615, 627, 652, 668

Reverchon, 597-598, 606, 660-661, 663-665, 883

Révocation, 18, 23, 25, 85-86, 88, 93-94, 100, 120, 132, 135, 148, 156, 161, 169, 177, 187, 223-226, 228, 238, 242, 247, 284, 285, 296-297, 300, 397-399, 409, 439, 446, 448-450, 487, 488, 491, 495, 503, 511, 541, 543, 551, 592-594, 599, 606, 628, 630, 638-639, 646-652, 660-663, 665-667, 695, 721, 768, 771-772, 781, 785, 790, 793, 798, 800, 818-819, 821-826, 883, 893, 930, 959, 982

Rouher, 181, 355, 597-598, 934

Royaume-Uni, 30, 31, 216, 218-219, 222-224, 226-229, 232, 262-264, 356, 357, 433, 624, 632, 654-657, 659, 671, 674, 676, 700, 709, 720, 730-731, 770, 794, 816, 820, 850, 895, 898, 928-929, 951, 968-969

S

Sanction disciplinaire, 18, 50, 185, 192, 237, 240, 242, 244, 264, 267, 291, 296-300, 305, 308, 398, 421, 422, 439, 449, 454, 461, 615, 620, 786, 918, 954

Secret du délibéré, 307-308

Séparation des pouvoirs, 204, 211, 517, 713, 952, 956

Serment, 98-99, 118, 170, 171, 177, 178, 251, 281, 282, 283, 284, 307, 333, 438, 510, 511, 513, 514, 535, 536, 662, 663, 824, 844, 859, 860, 864, 865

Souveraineté, 41, 53, 56, 65, 66, 69, 71, 73, 79, 84, 106, 111-115, 117, 118, 127, 130, 136, 179-180, 182, 194, 206, 232, 245, 255, 256, 278, 339, 352, 362, 369, 370-371, 382, 389-390, 395, 397, 401, 479, 561, 638, 672, 678, 681, 702, 711, 713, 720, 721, 724-725, 916, 925, 932-933, 946, 983

Sur proposition du Conseil, 240-241, 510, 556, 779

Surnombre, 93, 288-289, 403, 407, 411, 453, 528, 590, 879

suspension, 21, 23, 26, 78, 96, 124, 135, 155, 156, 177, 181, 187, 189, 192, 238, 243, 289, 297, 314, 390, 439, 485-487, 498, 499, 523-525, 541, 647, 790, 792, 918

Système d'emploi, 927-930

Système de carrière, 54, 57, 271, 291, 581, 585, 599, 754, 831, 854, 880, 925, 928-931

T

Tableau d'avancement, 172-174, 318, 325, 419-422, 463, 536, 585-587, 631, 844, 894-895

Tocqueville, 171, 449, 829-831, 844

Tradition, 45, 51, 65, 71, 113, 116, 165, 216, 218-219, 224, 361, 362, 370, 374, 376, 383, 393-394, 433-434, 527, 548, 559, 613, 618, 623, 634, 640, 650, 658, 660, 674-678, 749, 771, 802, 850, 861, 882, 946, 951, 957

Transfert du pouvoir d'éviction, 689, 766, 781

Troplong, 920, 922

U

Unité de base, 330, 331, 781-782

Usage, 15-16, 86, 95, 102, 125, 235, 327, 334, 338, 359, 416, 449, 524, 535, 610, 624-626, 628, 631, 633, 641, 649, 654-655, 716, 719, 725, 824, 850, 865, 928

V

Vénalité, 19, 69, 70, 97-104, 106, 108-110, 121, 130, 272, 277, 313, 350, 379, 396, 401, 432, 484, 949

Voie de fait, 249, 251-252

TABLE DES MATIERES

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| REMERCIEMENTS | 5 |
| RESUME..... | 7 |
| PRINCIPALES ABREVIATIONS | 11 |
| SOMMAIRE..... | 13 |
| INTRODUCTION GENERALE..... | 15 |
| A . La définition de l'inamovibilité | 17 |
| 1° Les concepts distincts | 18 |
| 2° Le contenu doctrinal | 22 |
| 3° La nature actuelle | 26 |
| B . La finalité de l'inamovibilité..... | 29 |
| 1° Une garantie de l'indépendance judiciaire | 29 |
| 2° Une garantie d'origine canonique ? | 36 |
| 3° Une garantie formellement reconnue aux seuls magistrats | 39 |
| C . Le modèle d'indépendance | 44 |
| 1° Une garantie synonyme d'indépendance | 44 |
| 2° Une garantie érigée en modèle | 46 |
| D . L'appréciation du modèle..... | 48 |
| 1° Un modèle limité | 49 |
| 2° Un modèle refusé | 51 |
| 3° Un modèle contesté..... | 53 |
| | |
| PARTIE I . LA CONDITION DE L'INAMOVIBILITE : UNE GARANTIE ANCIENNE TRANSFORMEE EN MYTHE | 61 |
| | |
| TITRE I . LA FORMATION HISTORIQUE DE L'INAMOVIBILITE | 65 |
| | |
| CHAPITRE 1 . Une condition de l'essor d'un pouvoir judiciaire sous l'Ancienne Monarchie | 69 |
| SECTION 1 . Une garantie de stabilité associée à la dévolution de la fonction judiciaire | 70 |
| § 1 . La dévolution de la fonction judiciaire à des juges professionnels | 70 |
| A . L'émergence des juges professionnels dans la lutte contre les féodaux | 71 |
| 1° L'emprise féodale initiale sur l'administration territoriale de la justice | 71 |
| 2° L'emprise royale progressive sur l'administration centrale de la justice..... | 75 |
| B . La stabilisation des juges professionnels dans la lutte contre les féodaux..... | 79 |
| 1° Les juges professionnels, champions du rétablissement du pouvoir royal..... | 79 |
| 2° Les juges professionnels, champions de l'affermissement du Pouvoir royal..... | 82 |
| § 2 . La constitution d'un corps judiciaire composé de magistrats inamovibles..... | 84 |
| A . L'émergence prétorienne de l'inamovibilité..... | 84 |
| 1° La révocation pour juste motif, garantie en faveur du titulaire de l'office | 85 |
| 2° La révocation pour juste motif, garantie dans l'intérêt du service de la justice | 88 |
| B . La consécration formelle de l'inamovibilité..... | 90 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1°) La vacance de l'office, justification exclusive de nomination d'un nouvel officier..... | 90 |
| 2°) L'énumération des cas de vacance de l'office par l'ordonnance du 21 octobre 146793 | |
| SECTION 2 . Une garantie d'indépendance confortée par l'émancipation de la magistrature | 96 |
| § 1 . L'appropriation de la justice par les magistrats parlementaires | 97 |
| A . La vénalité des offices de judicature | 97 |
| 1°) L'indépendance de l'office, fondement du rejet initial de la vénalité..... | 98 |
| 2°) La reconnaissance de la vénalité, fondement d'une emprise sur le prix de l'office. | 100 |
| B . La patrimonialité des offices de judicature | 104 |
| 1°) La reconnaissance de l'hérédité, fondement d'une emprise sur le corps de l'office | 104 |
| 2°) La réduction des cas de vacance de l'office, fondement d'une inamovibilité | |
| patrimoniale | 108 |
| § 2 . L'appropriation de la souveraineté par les magistrats parlementaires..... | 111 |
| A . L'inamovibilité, enjeu dans la lutte pour la détention de la souveraineté..... | 112 |
| 1°) L'affirmation de la souveraineté royale | 112 |
| 2°) L'affirmation de la souveraineté parlementaire..... | 115 |
| B . L'inamovibilité, un aiguillon dans la lutte pour la détention de la souveraineté | 118 |
| 1°) L'inamovibilité érigée au rang de Loi fondamentale du royaume par les parlements | 119 |
| 2°) L'impuissance de la Couronne à s'imposer comme juge de la forfaiture des | |
| magistrats | 122 |
| | |
| CHAPITRE 2 . Une victime du rejet d'un pouvoir judiciaire depuis la | |
| Révolution française | 127 |
| SECTION 1 . Une garantie d'indépendance confrontée à la subordination de la fonction | |
| judiciaire..... | 128 |
| § 1 . La tentative de suppression de l'inamovibilité par l'élection des juges | 129 |
| A . La tentative révolutionnaire de mise en place d'une magistrature élue | 129 |
| 1°) L'abandon contrarié de l'inamovibilité des magistrats | 129 |
| 2°) L'institution contrariée d'une magistrature élue | 133 |
| B . L'identification pérenne de l'inamovibilité à une magistrature professionnelle | 138 |
| 1°) L'affirmation constante de l'inamovibilité des magistrats | 138 |
| 2°) L'affirmation progressive d'une magistrature professionnelle | 142 |
| § 2 . La tentative de neutralisation de l'inamovibilité par le syllogisme judiciaire..... | 146 |
| A . Un bénéfice de l'inamovibilité conditionné au sein de l'ordre judiciaire..... | 147 |
| 1°) L'inamovibilité dans l'ordre métropolitain, soumise à la déspecialisation des | |
| contentieux..... | 147 |
| 2°) L'inamovibilité dans l'ordre colonial, subordonnée à la normalisation du | |
| contentieux..... | 153 |
| B . Un bénéfice de l'inamovibilité refusé en dehors de l'ordre judiciaire | 157 |
| 1°) L'absence d'inamovibilité au sein des juridictions administratives..... | 157 |
| 2°) Le refus de l'inamovibilité au sein des juridictions d'exception | 162 |
| SECTION 2 . Une garantie d'indépendance subordonnée par l'institution d'une administration | |
| judiciaire..... | 165 |
| § 1 . Le contournement de la garantie : un régime, une inamovibilité | 165 |
| A . La fidélisation des magistrats au régime en place..... | 166 |
| 1°) La fidélisation des magistrats lors du recrutement | 166 |
| 2°) La fidélisation des magistrats dans le déroulement de la carrière | 171 |
| B . L'association des magistrats au régime en place | 175 |
| 1°) Les épurations de la magistrature consécutives à chaque changement de régime . | 175 |
| 2°) La justification des épurations de la magistrature à chaque changement de régime | 179 |
| § 2 . La dénaturation de la garantie : l'encadrement politique de la discipline | 183 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A . Une inamovibilité sous tutelle avant l’institution d’un Conseil supérieur de la magistrature | 184 |
| 1°) La tutelle parlementaire pendant la Révolution | 184 |
| 2°) La tutelle exécutive pendant le siècle des césars..... | 187 |
| B . Une inamovibilité sous contrôle avec l’institution d’un Conseil supérieur de la magistrature | 189 |
| 1°) Le contrôle de l’Exécutif sous la III ^{ème} République | 189 |
| 2°) Le contrôle du Parlement sous la IV ^{ème} République..... | 193 |
| 3°) Conclusion du titre..... | 197 |

TITRE II . LA CONSECRATION CONTEMPORAINE DE L’INAMOVIBILITE.....199

CHAPITRE 1 . Une garantie supralégislative juridictionnellement assurée... 201

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| SECTION 1 . La valeur supralégislative de l’inamovibilité | 202 |
| § 1 . La valeur constitutionnelle renouvelée de l’inamovibilité | 203 |
| A . Une affirmation dissociée de la reconnaissance d’un pouvoir judiciaire..... | 203 |
| 1°) L’institution d’une Autorité judiciaire | 203 |
| 2°) La réfutation d’un pouvoir juridictionnel..... | 207 |
| B . Une affirmation associée à la protection des justiciables..... | 211 |
| 1°) Une garantie d’indépendance de l’Autorité judiciaire | 211 |
| 2°) Une garantie des droits et libertés de l’individu | 215 |
| § 2 . La valeur internationale renouvelée de l’inamovibilité..... | 218 |
| A . Une garantie consacrée dans les Etats de droit historiques | 218 |
| 1°) Une condition des droits et libertés de l’individu | 218 |
| 2°) Une condition de l’indépendance des juges | 224 |
| B . Une garantie aujourd’hui universellement consacrée..... | 229 |
| 1°) Une garantie constitutionnelle universellement consacrée | 229 |
| 2°) Une garantie conventionnelle universellement défendue | 232 |
| SECTION 2 . La protection juridictionnelle de l’inamovibilité | 235 |
| § 1 . La protection de l’inamovibilité par les juridictions ordinaires | 236 |
| A . Le Conseil d’Etat, juge autoproclamé des atteintes à l’inamovibilité | 237 |
| 1°) Le Conseil d’Etat, juge historique de l’excès de pouvoir | 237 |
| 2°) Le Conseil d’Etat, juge de cassation actuel | 244 |
| B . La juridiction judiciaire, juge naturel des atteintes à l’inamovibilité | 248 |
| 1°) La juridiction judiciaire, juge subsidiaire de l’excès de pouvoir | 249 |
| 2°) La Cour de cassation, juge de cassation alternatif | 253 |
| § 2 . La protection de l’inamovibilité par les juridictions supérieures | 255 |
| A . Le Conseil constitutionnel, juge des atteintes législatives à l’inamovibilité | 255 |
| 1°) Un contrôle de la loi jugé nécessaire | 256 |
| 2°) Un contrôle de la loi jugé essentiel..... | 258 |
| B . La Cour européenne des droits de l’homme, juge des atteintes nationales à l’inamovibilité..... | 261 |
| 1°) L’inamovibilité des juges, condition d’un tribunal indépendant et impartial | 262 |
| 2°) L’inamovibilité des magistrats du siège, renforcée par le droit au procès équitable..... | 264 |

CHAPITRE 2 . Une garantie statutaire au contenu imprécis 269

| | |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| SECTION 1 . La partie fixe ou l’inamovibilité des fonctions | 270 |
| § 1 . Une garantie de l’emploi ou l’élément survolé | 271 |
| A . La délimitation de l’inamovibilité dans l’espace | 271 |
| 1°) Une protection ordinaire de l’emploi | 271 |
| 2°) Une protection subjective de l’emploi..... | 276 |
| B . La délimitation de l’inamovibilité dans le temps | 280 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1°) Le début de l'inamovibilité | 280 |
| 2°) La cessation de l'inamovibilité | 284 |
| § 2 . Une garantie juridictionnelle ou l'élément éludé | 291 |
| A . La compétence du Conseil supérieur de la magistrature en matière disciplinaire | 292 |
| 1°) Le Conseil supérieur de la magistrature, juridiction administrative..... | 292 |
| 2°) L'attractivité de la compétence du Conseil supérieur de la magistrature..... | 296 |
| B . La compétence des juridictions judiciaires pour les activités juridictionnelles | 301 |
| 1°) La complémentarité de l'immunité judiciaire et de l'inamovibilité des magistrats . | 302 |
| 2°) L'autonomie de l'immunité judiciaire par rapport à l'inamovibilité des magistrats | 306 |
| SECTION 2 . La partie variable ou les inamovibilités de résidence | 309 |
| § 1 . Une garantie de résidence ou l'élément contesté..... | 310 |
| A . L'intensité réduite de la règle du consentement préalable | 311 |
| 1°) La consécration réticente de la règle du consentement préalable | 311 |
| 2°) L'application restrictive de la règle du consentement préalable | 316 |
| B . L'étendue réduite de la règle du consentement préalable | 322 |
| 1°) La mobilité géographique..... | 323 |
| 2°) La mobilité fonctionnelle..... | 327 |
| § 2 . Une garantie traditionnelle ou l'élément occulté..... | 332 |
| A . La stabilité liée à la fonction juridictionnelle du magistrat | 333 |
| 1°) Le siège permanent du magistrat..... | 333 |
| 2°) L'office permanent du magistrat..... | 339 |
| B . La stabilité liée à la fonction institutionnelle du magistrat | 345 |
| 1°) La permanence locale de la magistrature | 345 |
| 2°) La permanence nationale de la magistrature..... | 352 |
| C . Conclusion de la première partie..... | 358 |
| 1°) Une garantie affaiblie dans son contenu..... | 359 |
| 2°) Une garantie affaiblie par son milieu | 362 |

PARTIE II . LA FONCTION DE L'INAMOVIBILITE : UNE GARANTIE DE L'IMPARTIALITE DU MAGISTRAT 369

TITRE I . UNE GARANTIE CONCURRENCEE DANS SON APPROCHE STATIQUE..... 379

| | |
|------------------------------------------------------------------------------|------------|
| CHAPITRE 1 . L'inamovibilité concurrencée en tant que protection | |
| personnelle..... | 387 |
| SECTION 1 . Une garantie d'indépendance relative | 388 |
| § 1 . Une garantie supposant d'être conciliée avec d'autres impératifs | 389 |
| A . Une garantie surestimée..... | 390 |
| 1°) L'absence d'inamovibilité absolue sur le plan normatif | 390 |
| 2°) L'absence d'inamovibilité absolue sur le plan matériel | 396 |
| B . Une garantie subordonnée | 401 |
| 1°) L'inamovibilité dans ses rapports aux suppressions de juridictions..... | 401 |
| 2°) L'inamovibilité dans ses rapports aux suppressions d'emplois | 408 |
| § 2 . Une garantie supposant d'être complétée avec d'autres garanties..... | 416 |
| A . A l'occasion de la carrière | 416 |
| 1°) La garantie offerte par l'encadrement de l'avancement..... | 416 |
| 2°) La garantie offerte par le principe d'égalité | 423 |
| B . A l'occasion des fonctions..... | 430 |
| 1°) La garantie offerte par le système de la collégialité..... | 431 |
| 2°) La garantie offerte par les régimes de responsabilité | 439 |
| SECTION 2 . Une garantie d'éviction relative | 446 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1 . Une protection approchée par des garanties de sujétion..... | 447 |
| A . Les garanties de carrière reconnues au sein de la fonction publique..... | 447 |
| 1°) Les garanties de continuité reconnues dans la fonction publique générale..... | 448 |
| 2°) Les garanties de disponibilité reconnues dans la fonction publique militaire | 456 |
| B . La garantie juridictionnelle reconnue au sein de la justice professionnelle | 464 |
| 1°) La garantie d'intégration reconnue aux professions corporatistes | 465 |
| 2°) La garantie d'assimilation reconnue aux juges consulaires | 472 |
| § 2 . Une protection dépassée par des garanties d'autonomie | 479 |
| A . L'inamovibilité de droit au sein du système universitaire | 479 |
| 1°) L'inamovibilité partielle des enseignants-chercheurs avant 1968..... | 480 |
| 2°) L'inamovibilité renforcée des enseignants-chercheurs après 1958..... | 489 |
| B . L'inamovibilité de fait au sein des systèmes para-juridictionnels..... | 499 |
| 1°) L'irrévocabilité des membres des autorités indépendantes..... | 500 |
| 2°) L'irrévocabilité des membres du Conseil constitutionnel..... | 508 |

**CHAPITRE 2 . L'INAMOVIBILITE CONCURRENCEE EN TANT QUE
PROTECTION FONCTIONNELLE 517**

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| SECTION 1 . L'ordre administratif, réseau d'inamovibilités | 519 |
| § 1 . L'inamovibilité de droit des « magistrats » de l'ordre administratif..... | 520 |
| A . Les bénéficiaires d'une inamovibilité intégrale | 520 |
| 1°) Les membres du corps de la Cour des comptes avant 2006..... | 520 |
| 2°) Les membres du corps des chambres régionales des comptes | 530 |
| B . Les bénéficiaires d'une inamovibilité partielle | 539 |
| 1°) Les membres du corps de la Cour des comptes depuis 2006 | 539 |
| 2°) Les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel | 547 |
| § 2 . L'inamovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat | 558 |
| A . Les sources institutionnelles de l'inamovibilité de fait | 558 |
| 1°) La fonction consultative du Conseil d'Etat, source d'irresponsabilité face au Pouvoir | 559 |
| 2°) La fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat, source d'indépendance face au Pouvoir | 569 |
| B . Les sources corporatistes de l'inamovibilité de fait..... | 579 |
| 1°) La magistrature familiale des conseillers d'Etat au cours de la carrière | 579 |
| 2°) La magistrature d'influence du vice-président du Conseil d'Etat en matière disciplinaire | 590 |
| SECTION 2 . L'ordre administratif, pyramide d'inamovibilités..... | 601 |
| § 1 . Des inamovibilités protégées par l'inamovibilité « coutumière » des membres du Conseil d'Etat | 602 |
| A . La valeur « uniformisée » de l'inamovibilité des membres des juridictions administratives | 602 |
| 1°) Le contrôle abstrait des mesures d'éviction par le Conseil d'Etat | 603 |
| 2°) Le contrôle concret des mesures d'éviction par le Conseil d'Etat | 614 |
| B . La valeur « coutumière » de l'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat..... | 623 |
| 1°) Une coutume proche d'une convention de la Constitution..... | 623 |
| 2°) Une convention de la Constitution proche d'une coutume..... | 634 |
| § 2 . Des inamovibilités fragilisées par l'inamovibilité « coutumière » des membres du Conseil d'Etat | 644 |
| A . Une garantie conditionnée par une inamovibilité de fait..... | 645 |
| 1°) La relativité de la théorie française de l'inamovibilité de fait | 645 |
| 2°) La relativité de la théorie européenne de l'inamovibilité de fait..... | 653 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| B . Une garantie conditionnée par une inamovibilité de droit..... | 659 |
| 1°) Une garantie de fait méconnue par les Pouvoirs publics français..... | 659 |
| 2°) Une garantie de droit reconnue dans les pays de droit non écrit | 669 |
| 3°) Conclusion du titre | 678 |
| TITRE II . UNE GARANTIE DYNAMIQUE AU SERVICE DE L'IMPARTIALITE | 683 |
| CHAPITRE 1 . UNE GARANTIE DU MAGISTRAT IMPARTIAL FACE AU | |
| POUVOIR POLITIQUE..... | 695 |
| SECTION 1 . Une garantie constitutionnalisée dans l'intérêt de la fonction juridictionnelle | 699 |
| § 1 . Une garantie qualifiée à l'aune de la fonction juridictionnelle..... | 701 |
| A . Une garantie dans l'exercice de la fonction juridictionnelle | 702 |
| 1°) Une garantie au service de la fonction juridictionnelle..... | 702 |
| 2°) Une garantie au service de la plénitude de la fonction juridictionnelle..... | 711 |
| B . Une garantie contre l'arbitraire du Pouvoir politique..... | 720 |
| 1°) Une garantie contre le risque d'arbitraire politique | 721 |
| 2°) Une garantie au service du service public juridictionnel..... | 729 |
| § 2 . Une garantie unifiée à l'aune de la fonction juridictionnelle | 739 |
| A . Une inamovibilité expresse pour l'ensemble des juges de carrière..... | 741 |
| 1°) Un impératif de cohérence juridique en droit interne | 741 |
| 2°) Un impératif de cohérence juridique en droit comparé..... | 748 |
| B . Une inamovibilité constitutionnelle pour l'ensemble des juges de carrière..... | 752 |
| 1°) Un principe d'inamovibilité commun à tous les juges de carrière | 752 |
| 2°) Une protection de l'inamovibilité commune à tous les juges de carrière..... | 758 |
| SECTION 2 . Une garantie organisée dans l'intérêt de la fonction juridictionnelle | 763 |
| § 1 . Un transfert du pouvoir d'éviction au détriment du Pouvoir politique..... | 766 |
| A . Un transfert de compétence au profit d'un organe indépendant..... | 767 |
| 1°) La compétence traditionnelle d'une juridiction indépendante..... | 767 |
| 2°) La compétence complémentaire d'une autorité indépendante | 773 |
| B . Un transfert de compétence portant sur les mesures d'éviction..... | 781 |
| 1°) Une protection verticale contre les mesures d'éviction..... | 781 |
| 2°) Une protection horizontale contre les mesures d'éviction | 789 |
| § 2 . Une adaptation du pouvoir d'éviction au détriment du Pouvoir politique | 798 |
| A . Une composition équilibrée de l'organe d'éviction pour parer le grief corporatiste..... | 799 |
| 1°) Le principe d'une composition fermée dans une logique d'indépendance..... | 800 |
| 2°) L'alternative d'une composition ouverte dans une logique d'impartialité | 806 |
| B . Une compétence de l'organe d'éviction complétée pour parer le grief politique | 813 |
| 1°) L'exclusion d'une responsabilité politique | 814 |
| 2°) L'option d'une responsabilité constitutionnelle..... | 821 |
| CHAPITRE 2 . UNE GARANTIE DU MAGISTRAT IMPARTIAL FACE AU | |
| TITULAIRE DE L'EMPLOI..... | 829 |
| SECTION 1 . Une exigence de mérite dans l'exercice des fonctions juridictionnelles | 833 |
| § 1 . L'inamovibilité et l'exigence d'aptitude..... | 835 |
| A . La sacralité de l'aptitude du magistrat inamovible | 836 |
| 1°) La dignité du magistrat..... | 836 |
| 2°) L'indépendance du magistrat..... | 842 |
| B . La promotion de l'aptitude du magistrat inamovible..... | 847 |
| 1°) Un mode de recrutement adéquat | 847 |
| 2°) Un contrôle approprié dans la carrière | 854 |
| § 2 . L'inamovibilité et l'exigence de responsabilité..... | 856 |
| A . La discipline personnelle inhérente à l'inamovibilité | 857 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1° Discipline et inamovibilité de droit : la clause de responsabilité | 858 |
| 2° Discipline et irrévocabilité de fait : la clause de responsabilisation..... | 863 |
| B . La discipline interne nécessaire à l’inamovibilité..... | 869 |
| 1° Une fonction historique, palliative de la discipline étatique..... | 870 |
| 2° Une fonction actuelle, complémentaire de la discipline étatique | 873 |
| SECTION 2 . Une exigence de stabilité dans l’exercice des fonctions juridictionnelles..... | 878 |
| § 1 . L’inamovibilité et l’exigence de stabilité dans la magistrature | 880 |
| A . L’exigence de carrière dans la magistrature | 881 |
| 1° La centralité de la carrière dans la magistrature | 881 |
| 2° La problématique de la mobilité externe des magistrats | 885 |
| B . L’exigence de consécration à la magistrature..... | 890 |
| 1° Le régime des incompatibilités dans la magistrature | 891 |
| 2° La problématique de l’engagement politique des magistrats | 893 |
| § 2 . L’inamovibilité et l’exigence de stabilité dans le siège..... | 897 |
| A . L’exigence de stabilité dans les fonctions du siège..... | 898 |
| 1° La question de la vocation à exercer des fonctions administratives..... | 898 |
| 2° Le critère de l’exercice de fonctions administratives impartiales..... | 904 |
| B . L’exigence de durée dans une fonction du siège | 908 |
| 1° La diversification des fonctions du siège | 909 |
| 2° La complexification des fonctions du siège..... | 912 |
| C . Conclusion de la deuxième partie | 915 |
| 1° Une garantie d’indépendance du magistrat impartial | 916 |
| 2° Une garantie de promotion d’un magistrat impartial..... | 920 |
| CONCLUSION GENERALE..... | 923 |
| A . Une garantie réelle | 925 |
| B . Une garantie symbolique..... | 931 |
| BIBLIOGRAPHIE | 939 |
| A . Traités, codes, dictionnaires et manuels | 939 |
| B . Ouvrages..... | 944 |
| C . Articles de doctrine | 952 |
| 1° Articles de droit français..... | 952 |
| 2° Articles de droit comparé | 968 |
| D . Rapports et travaux préparatoires | 971 |
| INDEX..... | 975 |
| TABLE DES MATIERES | 981 |
| RESUME..... | 990 |



RESUME

En droit français, l'inamovibilité est traditionnellement conçue comme une garantie d'indépendance statutaire attribuée au magistrat du siège de l'ordre judiciaire, afin de le protéger contre le risque d'éviction arbitraire par le Pouvoir politique. Elle est ainsi supposée faire bénéficier le magistrat d'une protection exorbitante par rapport au droit commun de la fonction publique. Déjà considérée comme un « *antique et tutélaire principe* » au milieu du XIX^e siècle, cette garantie a traversé le temps et les régimes politiques, depuis l'époque médiévale jusqu'à aujourd'hui. Erigée en Loi fondamentale du royaume à la veille de la Révolution, elle a été reprise et consacrée par la presque totalité des Constitutions qui se sont succédées depuis 1791. Mais alors qu'elle semble offrir l'image d'un modèle de garantie susceptible d'inspirer le statut d'autres catégories d'agents publics, l'inamovibilité est de manière paradoxale, souvent décrite comme un « *mythe* ». La présente étude se donne dès lors pour objet de lever cette contradiction, en revenant de manière approfondie et comparative sur la condition et la finalité d'une garantie d'éviction, dont la particularité est d'être étroitement liée à la mission régaliennne consistant à rendre la justice.

Descripteurs : éviction arbitraire, impartialité, inamovibilité, indépendance, irrévocabilité, juge, juridiction, justice, magistrat, pouvoir judiciaire, pouvoir politique.

TITLE AND ABSTRACT

The irremovability of judges

In French Law, irremovability is traditionally seen as a statutory guarantee of judicial judges' independence that protects them from being arbitrary evicted by the Political power. Irremovability is then said to be a dispensatory status if compared to public servants' normal one. Defined as an « *ancient and tutelary principle* » at the middle of the 19th Century, this guarantee ran through the ages and the political regimes from medieval times to today. Irremovability of judges was made a Kingdom's fundamental Law just before the Revolution, and almost every constitution adopted since 1791 has made it a constitutionally sanctioned rule. In the meantime, whereas it could have been seen as a template for other civil servants' legal status, irremovability of judges is, paradoxically enough, often described as a « *myth* ». This study's aim is thus to solve this contradiction. It offers an in-depth and comparative analysis of the condition and goal of this legal guarantee against eviction – which distinctive feature is to be closely linked with one of the State's main function: to administer Justice.

Keywords : arbitrary eviction, impartiality, irremovability, independence, irrevocability, judge, magistrate, jurisdiction, justice, judiciary power, political power.