

## Introduction de la problématique

Thierry Renoux

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Est-il possible de poser sur la Justice, considérée en tant que pouvoir public constitutionnel, un regard administratif et de parler d'un service public de la Justice, doté d'une administration qui lui est propre ?

Le terme même d'« administration » semble jurer avec celui de « justice » au sens de « pouvoir ». Si l'on définit ce pouvoir comme désignant l'attribution à une institution de l'État de la puissance de juger, de dire le droit avec force de vérité légale, comment la Justice peut-elle s'accommoder avec les principes du service public ?

Le service public renvoie en effet à l'idée d'administration et donc à l'exécutif, organe subordonné ; la fonction juridictionnelle procède au contraire de l'autorité judiciaire, institution constitutionnelle indépendante. Tout semble séparer les deux notions.

Pourtant, la doctrine n'a jamais contesté l'existence d'un service public judiciaire. Bien au contraire, cette dénomination correspond au droit positif, les juridictions administratives acceptant depuis longtemps de connaître des litiges relatifs à l'organisation – et non au fonctionnement – du service public judiciaire.

*A priori*, la contradiction ne semble qu'apparente. Le doyen Vedel en avait fort bien pris la mesure : « nul ne soutient que la gestion du service public de la justice relève du contentieux administratif dans une mesure autre que celle où l'exécutif y participe<sup>1</sup> ».

Autrement dit, sans exécutif pas de service public, et sans service public, pas de justice ?

1. G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, 1954, p. 21.

Le service public de la justice, afin de permettre l'exercice de l'autorité judiciaire dans de bonnes conditions, doit pourtant répondre à des exigences supplémentaires qui lui sont propres : assurer l'indépendance et l'impartialité des fonctions juridictionnelles, garantir célérité et efficacité des procédures.

Une telle valeur est d'autant plus inhérente à la fonction juridictionnelle qu'à l'objectif constitutionnel de « bonne administration de la justice » s'ajoutent les impératifs conventionnels d'organisation et de fonctionnement du « procès équitable », issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Ces deux principes se rejoignent dans une exigence commune de qualité et d'efficacité de la justice : il ne suffit pas d'avoir jugé de manière indépendante pour avoir bien jugé.

Par suite, ce sont les magistrats eux-mêmes qui, tout en étant membres de l'autorité judiciaire, sont associés à une mission ressortissant fonctionnellement à l'exécutif : assurer la gestion du service public de la justice et ceci sur un mode dyarchique, associant par une concertation permanente dans l'administration des juridictions magistrats du siège et magistrats du parquet.

On perçoit dès lors toute l'ambiguïté de distinguer dans l'autorité judiciaire un service public au sens matériel.

Les questions qui en résultent peuvent être regroupées autour de deux grandes thématiques.

En premier lieu, l'autorité judiciaire est-elle un service public ? (I). En second lieu, jusqu'à quel point cette qualification peut-elle justifier un contrôle de ses actes par la juridiction administrative ? (II).

## I. AUTORITÉ JUDICIAIRE ET SERVICE PUBLIC

« Restons fidèle au principe qui veut que la magistrature administrative n'existe pas, que ce sont de simples fonctionnaires administratifs qui occupent la fonction de juge<sup>2</sup>. » Les mots prononcés par le garde des Sceaux, Michel Debré, sont dénués d'ambiguïté. Au cours de l'été 1958, la cause semble entendue. Tout est affaire non de « service » mais de « statut », en l'occurrence d'inscription ou non dans le texte de la Constitution. Déjà, le titre VIII de la Constitution ne concerne que la justice judiciaire, et il en sera ainsi jusqu'à l'adoption du texte définitif de la Constitution, en dépit des tentatives, tant de membres du Comité consultatif chargé de la rédaction que du Conseil d'État, d'en étendre la portée à la justice administrative.

2. « L'autorité judiciaire », in D. Maus, L. Favoreu, J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution*, Economica-PUAM, 1992, p. 667-711.

C'est en outre sur la suggestion du président Latournerie lors de l'examen par l'assemblée générale du Conseil d'État que l'intitulé « De l'autorité judiciaire » recevra la forme que nous lui connaissons aujourd'hui. À ses yeux, la bonne formulation est « l'autorité judiciaire » car ce qui est visé, « c'est la magistrature judiciaire et c'est une autorité publique ».

Autorité ou service public ? La question n'est alors même pas posée ; le débat n'est pas évoqué pour la simple raison que déjà, à cette époque, il ne sert qu'à définir l'étendue de la compétence du juge administratif : « tout repose sur l'idée que l'administration s'identifie au service public et que le droit administratif (et donc la compétence des juridictions administratives) est le droit des services publics<sup>3</sup> ».

Comment, dès lors, l'autorité judiciaire peut-elle être un service public et, dans l'affirmative, s'agit-il d'un service public comme les autres ?

### A. L'AUTORITÉ JUDICIAIRE EST-ELLE UN SERVICE PUBLIC ?

Tout dépend naturellement de ce que l'on veut bien placer – ou non – dans cette notion « trop large et trop étroite », notait Marcel Waline dans la première édition de son *Traité*, « notion peu claire », observait, comme en écho, le doyen Vedel.

Si, sur un plan matériel, il s'agit de satisfaire un « besoin d'intérêt général » et de respecter les fameuses « lois de Rolland » caractérisant le service public, il va de soi que l'autorité judiciaire répond à cette définition. Sous cet aspect, servir l'intérêt général, la justice judiciaire fait davantage même figure de modèle. Le juge n'est pas qu'un simple exécutant servile de la loi. Il l'interprète et, par sa jurisprudence, son appréciation des faits, il assure une fonction sociale, de pacification et de régulation des rapports sociétaux.

Qui peut prétendre mieux assurer la continuité du service que la justice judiciaire ? La Justice n'est jamais « à éclipses », pour reprendre la formule du commissaire du gouvernement Gazier ; les juges ne sont pas statutairement dotés du droit de grève et, pour la justice judiciaire, le service de proximité est une réalité.

Quel service public peut s'honorer d'une si ample gratuité, alors que la Justice offre au justiciable, français ou étranger, une assistance financière, l'aide juridictionnelle qui inclut les prestations privées des auxiliaires de justice ?

Enfin, qui peut se targuer d'une telle mutabilité, alors même que la carte judiciaire reflète l'urbanisation de notre société et que les juridictions s'adaptent au

3. G. Vedel, *JCP*, 1953, II, 7598, § VII. On rappellera que le Conseil constitutionnel (Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*) n'a consacré une réserve constitutionnelle de compétence contentieuse à l'égard de la juridiction administrative qu'en ce qui concerne l'annulation ou la réformation des actes de l'État, des collectivités locales ou des agents agissant pour leur compte, dans la seule mesure où de tels « actes expriment une prérogative de puissance publique ».

quotidien pour faire face à de nouvelles formes de délinquance, qu'il s'agisse de la délinquance économique, financière ou, plus grave encore, terroriste ?

### B. L'AUTORITÉ JUDICIAIRE EST-ELLE UN SERVICE PUBLIC COMME LES AUTRES ?

Pour autant, dire de la Justice qu'elle est un service public, est-ce épuiser le sujet ? En aucun cas, car quand bien même la justice judiciaire exercerait-elle un service public, elle n'est ni organiquement, en raison de son statut constitutionnel, ni formellement, en raison de la portée de ses attributions constitutionnelles, un service public « comme les autres ».

– *Sur le plan organique*, la justice judiciaire est la seule à être dotée par notre Constitution d'un statut constitutionnel. Les magistrats du siège et du parquet sont les seuls agents publics dont les règles professionnelles de nomination, d'avancement dans la carrière ou de sanctions sont fixées par le législateur après un délai de réflexion et selon une procédure rigoureuse, en la forme organique. Préserver l'indépendance des magistrats du siège et du parquet est une exigence telle que notre Constitution impose que le moindre changement de ce statut professionnel soit précédé d'un contrôle préalable de constitutionnalité avant toute promulgation, de telle manière que le magistrat judiciaire ne puisse, selon le sens de ses jugements, ni redouter une sanction, ni espérer une promotion.

À quoi sert donc un tel luxe de précaution si les attributions de la justice judiciaire sont similaires, voire moindres, à celles des autres juges, professionnels ou non, publics ou privés, mieux rémunérés certes mais moins bien préservés des sirènes et des prébendes du pouvoir ?

Contrairement à ce qui est encore soutenu de nos jours, y compris publiquement, la revendication d'une indépendance constitutionnelle n'est pour le magistrat nullement une prétention corporatiste mais une exigeante garantie de la démocratie<sup>4</sup>. L'indépendance est offerte au juge non pour son confort mais pour son office : assurer à tous les justiciables une justice souveraine, dépourvue de toute pression et de toute ambition. Servir le public sans être servile, telle est la condition de l'institution judiciaire.

Dès lors, pour adapter une formule bien connue du droit public, administrer, n'est-ce pas déjà juger ? Décider des moyens, n'est-ce pas déjà décider de la puissance de juger ?

Le Conseil constitutionnel lie directement l'indépendance des fonctions et l'autonomie budgétaire. Il a reconnu avec constance un lien indispensable entre la nécessaire autonomie des moyens et l'exercice de la mission constitutionnelle.

4. T. S. Renoux, « Le statut des magistrats comme garant de la démocratie », in *Justice et démocratie*, Presses universitaires de Limoges (PULIM), 2003, p. 59-79 ; « Le statut des magistrats garant de la démocratie », *LPA*, n° 121, 2003, p. 4-12.

Le Conseil a ainsi jugé que l'isolement des moyens des pouvoirs publics dans une dotation budgétaire spécifique « assure la sauvegarde du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics concernés, lequel relève de la séparation des pouvoirs<sup>5</sup> ». Cette exigence constitutionnelle est confirmée et explicitée :

« la règle selon laquelle les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement [...] est en effet inhérente au principe de leur autonomie financière qui garantit la séparation des pouvoirs<sup>6</sup> ».

Cette règle doit s'appliquer tout aussi bien aux juridictions judiciaires qui, déjà sous ce premier aspect, ne sont pas considérées avec les mêmes égards que leurs homologues administratives. Les moyens budgétaires conditionnent pourtant non seulement l'instruction des affaires, la célérité de la Justice, son caractère équitable, mais aussi l'indépendance de l'institution qui, sans financement adéquat, ne peut diffuser auprès du grand public sa jurisprudence et ses études. Dans cette quête des voies et des moyens, soumettre le budget de la Justice pour avis au Conseil supérieur de la magistrature (CSM), organe tutélaire de l'administration de la justice « concourant » à garantir son indépendance, est l'une des toutes premières techniques à explorer.

Décider des actes, n'est-ce pas également décider de la puissance de juger ? Ce qui caractérise la justice dans les démocraties contemporaines, c'est aussi la large part attribuée à l'autoadministration, à la participation des magistrats, souvent associés à des personnalités extérieures, ainsi qu'à des représentants du Parlement, aux principales décisions intéressant leur corps. Ceci suppose non seulement de consulter le CSM avant toute modification des règles professionnelles mais également de lui confier un droit de regard sur la nomination de tous les magistrats. Une nouvelle fois, si l'on rapproche l'autoadministration des juridictions judiciaires de celle des juridictions administratives, la tentation du corporatisme s'éloigne.

L'essentiel de la réflexion et des solutions à approfondir réside, comme on le verra plus loin, dans une comparaison instructive entre l'administration de la justice judiciaire et la gestion de la justice administrative, qui, pour partie, puise son origine dans l'histoire de la justice de notre pays.

Tandis que le principe de séparation des pouvoirs, apparu en France au XVIII<sup>e</sup> siècle, fonde l'indépendance de la Justice, le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires apparu un siècle plus tôt, au XVII<sup>e</sup> siècle, s'oppose à cette indépendance en refusant à tout juge, quel qu'il soit, le droit de contrôler les actes de l'administration et de poursuivre ses agents. Du premier est né la justice judiciaire, du second la justice administrative. Du tout cet ensemble que le Conseil constitutionnel désigne sous le label de « conception française de

5. Cons. const. 25 juill. 2001, n° 2001-448 DC, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 25.

6. Cons. const. 27 déc. 2001, n° 2001-456 DC, *Loi de finances pour 2002*, cons. 47.

la séparation des pouvoirs<sup>7</sup> », comportant deux branches : l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

Au regard de son administration, ce dualisme soulève de nos jours un grand nombre de questions. Nous n'en mentionnerons ici qu'une rapide sélection.

S'agissant de services publics, pour le justiciable, ces deux branches présentent-elles une identique garantie ? Les statuts des magistrats judiciaires et des magistrats administratifs, du moins pour les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs (les membres du Conseil d'État n'étant pas qualifiés tels par le Code de justice administrative et d'ailleurs n'appartenant pas au même corps), sont-ils dotés d'un statut professionnel équivalent ? Dans l'affirmative, pourquoi alors refuser toute compétence au juge administratif pour statuer sur les privations de liberté<sup>8</sup> ou plutôt les « mesures de détention », arbitraires ou non, la « rétention administrative », limitée dans le temps et dans l'espace, ressortissant tout de même à sa compétence ? Qualifier d'« administrative » une mesure pour justifier dans ce cas, et dans ce cas seulement, la compétence d'un juge, n'est-ce pas un trompe-l'œil ? Peut-on et doit-on, en termes d'efficacité, scinder ainsi la Justice en deux, alors même que la prévention des infractions et la protection de l'ordre public forment un tout ? Alors même qu'on ne saurait prétendre qu'une opération de perquisition administrative a tout autant pour but, si ce n'est davantage, de réunir les preuves de la commission d'une infraction ? Sinon pourquoi alors exiger la présence, pendant son déroulement, d'un officier de police judiciaire et pourquoi aviser sans délai le procureur de la République, membre de l'autorité judiciaire ? Diviser les compétences de la Justice, n'est-ce pas, pour l'Exécutif, tout simplement mieux régner ?

On passe ainsi insensiblement du plan organique au plan fonctionnel car en droit public, la fonction dicte le statut : si en France, pays de droit écrit, le juge judiciaire dispose d'un statut constitutionnel, c'est uniquement parce que ses fonctions constitutionnelles sont garantes des libertés des personnes et des biens<sup>9</sup>.

– *Sur le plan fonctionnel*, rendre la justice suppose de pouvoir dire le droit avec cette force de vérité légale qui caractérise l'autorité de la chose jugée.

Juger, c'est tout d'abord trancher un différend : la Justice est ici encore un service public très distinct des autres puisqu'il conduit les juges à participer à l'exercice de la souveraineté. Les décisions de justice sont rendues « au nom du peuple français », formule sacramentelle, si fortement ancrée dans notre histoire républi-

7. Cons. const. 22 juill. 1980, n° 80-119 DC, *Validation d'actes administratifs*. Les principes de séparation des pouvoirs et de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont ainsi rien de commun si ce n'est le mot « séparation ».

8. De moins de douze heures par jour car à partir de la treizième heure, la liberté individuelle se trouve atteinte : Cons. const. 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, M. Cédric D. (assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence), cons. 16.

9. *Contra* : J.-M. Sauvé, *Le juge administratif, protecteur des libertés*, Colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), 16 juin 2016.

caine que Georges Vedel, alors qu'il présidait l'une des nombreuses commissions de réforme qu'il a marquées de sa présence, préconisait de l'inscrire dans notre Constitution. Le juge ne détient en aucun cas la souveraineté, il l'exerce et ceci non par représentation, n'étant pas élu, mais par délégation de la Constitution.

Juger, c'est aussi protéger : la Justice doit garantir au citoyen un devoir de protection juridictionnelle effective. À quoi servirait-il d'énoncer dans l'article 66 de la Constitution que « l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle », sans assortir cette fonction constitutionnelle de voies de recours appropriées ? Ceci implique que ce recours soit efficient, porté devant un juge indépendant et impartial, qui ne peut être juge et partie. Pour le juge judiciaire, cette exigence est d'autant plus forte qu'elle est structurée par un corpus de règles déontologiques définies par le CSM, dont la plupart n'ont été que très récemment et partiellement étendues à la fonction publique.

Enfin, la relation que la justice judiciaire établit avec l'ensemble des citoyens ainsi qu'avec ses usagers est sans commune mesure avec la pratique suivie devant les autres services publics de l'État. Le juge judiciaire est le seul qui associe à ce point le public et un citoyen qu'il l'appelle à siéger, à juge unique, en collégialité ou en qualité de juré. Et sans devoir insister davantage sur cette singularité, quel service public, à l'instar de la justice judiciaire, aménage un recours disciplinaire dirigé contre ses agents, à la demande de ses usagers ?

En réalité, une comparaison plus pertinente doit être établie avec le service public de la législation, pour lequel dans le souci d'assurer son maximum d'indépendance et la bonne exécution de sa mission constitutionnelle, une grande autonomie d'administration a été réservée.

C'est ainsi une prérogative de l'assemblée parlementaire, qui échappe au contrôle du juge administratif, que de décider si un ancien député doit ou non continuer à percevoir une pension alors qu'il a été condamné à la peine de dix ans de réclusion criminelle. Contrairement aux remarquables conclusions du commissaire du gouvernement Laurent Vallée, le Conseil d'État a pourtant décliné la compétence de la juridiction administrative<sup>10</sup>. C'est de même un libre choix de l'assemblée parlementaire, dans ses relations avec les tiers, que de conclure des marchés publics. Selon la jurisprudence du Conseil d'État, la juridiction administrative n'était compétente à leur égard que dans la seule mesure où de tels contrats avaient été conclus par les assemblées parlementaires « en vue de la réalisation de travaux publics<sup>11</sup> », le Conseil d'État n'ayant pas « entendu suivre son commissaire du gouvernement dans sa juvénile ardeur<sup>12</sup> ». Pour répondre aux exigences du droit communautaire, le législateur a donc dû intervenir et modifier l'ordonnance (à simple valeur législative) sur le fonctionnement des assemblées parle-

10. CE, ass., 4 juill. 2003, *Papon, Lebon*, p. 308 ; *RFDA*, 2003, 917, concl. L. Vallée.

11. CE, ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale, Lebon*, 42, concl. Bergeal.

12. R. Denoix de Saint Marc, « Le Conseil d'État et les "actes parlementaires" », in *Mélanges Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 277.

mentaires<sup>13</sup>, afin d'étendre cette compétence à l'ensemble des marchés publics, le droit de l'Union ne distinguant pas les assemblées parlementaires du reste de l'État<sup>14</sup>... De telle sorte que s'avamment mise en œuvre pour le service public hospitalier, les services publics industriels et commerciaux... et le service public judiciaire, la distinction entre organisation et fonctionnement reste en pratique foncièrement étrangère au service public de la législation. L'attribution de sa pension à un parlementaire ne peut faire l'objet d'un contrôle, même restreint, par la juridiction administrative, car elle « contribue, par son existence même, à l'indépendance du parlementaire pendant l'exercice de ses fonctions<sup>15</sup> ». Celle du juge judiciaire serait-elle plus facilement dissociable de son indépendance ?

On le voit au travers de ce premier questionnement, c'est toute la distinction, déjà fragile, entre organisation et fonctionnement qui vacille.

## II. AUTORITÉ JUDICIAIRE ET JURIDICTION ADMINISTRATIVE

Comment affirmer l'indépendance de l'autorité judiciaire si en dernière analyse le contentieux, lié aux choix des actes et des personnes, lui échappe ?

Soyons clairs. Il ne s'agit ici pas de décider ou non de l'institution de nouvelles catégories de juridictions, de leur création ou de leur répartition sur le territoire<sup>16</sup>, prérogatives des pouvoirs législatifs et exécutifs. Pour les motifs qui ont été évoqués ci-avant, la question n'est pas ici d'administrer un service public indifférencié, loin de là. Sont en cause ici des mesures dont la base légale est entourée de garanties procédurales et de fond afin d'éviter toute atteinte à l'indépendance organique et fonctionnelle de l'autorité judiciaire : la nomination des magistrats, leur carrière, leur rémunération, leur avancement, etc.

Or sur ce point, le temps s'est figé en 1953, sous la IV<sup>e</sup> République à une époque où la doctrine s'intéressait à l'éventuelle existence d'un « principe général d'intervention du législateur dans le fonctionnement de la justice<sup>17</sup> »,

13. Ord. n° 58-1100, 17 nov. 1958, relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, art. 8.

14. CJCE 17 déc. 1998, *Commission c. Royaume de Belgique*, aff. C-323/96.

15. R. Denoix de Saint Marc, *op. cit.*, p. 278.

16. « 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 cas d'une mesure disciplinaire intéressant les magistrats du siège, leur cessation de fonctions, toutes ces questions ne sont point l'exercice de la fonction judiciaire. Elles constituent les éléments d'une organisation du service public de la justice dont les pouvoirs publics ont la responsabilité et dont le Conseil d'État a le contrôle juridictionnel », conclusions conformes de J. Donnedieu de Vabres sur CE 17 avr. 1953, *Falco et Vidailiac*.

17. M. Lesage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice : contribution à l'étude de la séparation des pouvoirs*, LGDJ, coll. « Bibl. de droit public », 1960.

à un moment où il était fréquent que la loi viole ouvertement, fût-ce à titre individuel, l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions de justice, à une période où l'on enseignait la séparation binaire (exécutif-législatif) des pouvoirs (ou des fonctions peu importe), Montesquieu n'étant décidément pas prophète dans son pays. L'institution judiciaire voyait son indépendance certes constitutionnellement proclamée, mais bien peu respectée à défaut de contrôle de constitutionnalité des lois efficient. On comprend aisément qu'à cet âge la justice judiciaire eut été qualifiée en France de simple service public de l'Exécutif et qu'elle soit venue rechercher – et trouver – auprès du Conseil d'État, juge des actes de l'Exécutif, un bénéfique protecteur, mais contre les excès du seul gouvernement.

Depuis lors, alors que tout a changé, la situation du juge dans la société, son ancrage constitutionnel dans la séparation des pouvoirs<sup>18</sup>, inscrite en toutes lettres dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, partie intégrante de notre Constitution, il semble que pour la Justice en France, hélas, rien n'ait changé<sup>19</sup>. S'appliquent les mêmes critères jurisprudentiels, au même service public de l'exécutif.

En 1953, le Conseil d'État décide que le CSM, autorité constitutionnelle, « fait partie de l'organisation de l'ensemble du service judiciaire », ce qui a pour effet d'attribuer à la juridiction administrative compétence pour statuer sur les litiges relatifs à sa composition. On apprend alors qu'il n'en serait allé différemment que si avaient été en cause les règles de fonctionnement du service, ce qui en l'espèce – le litige portant sur l'étendue des attributions du bureau de vote spécialement constitué en vue de l'élection audit Conseil supérieur – n'était pas une solution moins évidente.

Non seulement la ligne de partage entre ce qui relève de l'organisation et du fonctionnement reste complexe et incertaine mais de surcroît son application conduit, d'une manière qui peut paraître paradoxale, à ce que le contrôle juridictionnel d'actes constitutifs de l'autorité judiciaire échappe à celle-ci pour être attribué au juge de l'exécutif dont, en l'état du droit, les garanties statutaires d'indépendance sont juridiquement moindres.

On est donc conduit à se demander si, s'agissant des juridictions judiciaires, d'une part, la distinction organisation-fonctionnement présente encore un sens (A) ; d'autre part, comment concilier « indépendance et administration » de la justice judiciaire (B).

18. T. S. Renoux, *L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs*, D. 1991. Chron. 169.

19. T. S. Renoux, *La justice en France*, La Documentation française, 2013, 308 p. V. notamment, « La justice dans la Constitution française », p. 39-51.

### A. LA DISTINCTION ORGANISATION-FONCTIONNEMENT A-T-ELLE ENCORE UN SENS ?

Lorsque le Tribunal des conflits, sous la IV<sup>e</sup> République, définit la frontière qui sépare la compétence des deux ordres de juridictions en ce qui concerne le contrôle juridictionnel des actes du « service public de la justice<sup>20</sup> » et lorsque le Conseil d'État se prononce dans le même sens à propos des attributions du CSM<sup>21</sup>, la place de l'autorité judiciaire dans nos institutions et les prérogatives du CSM, garant de son indépendance, sont très loin d'être celles que nous connaissons en 2016.

Certes il est aisé de constater que les critiques que le doyen Vedel adressait à ces deux arrêts, dans un commentaire groupé, remarqué et remarquable, n'ont pas vieilli et restent toujours aussi valables.

« Ainsi, écrit l'illustre auteur de droit public, à supposer que l'élection en cause soit une "opération de service public", rien ne la rattache à l'exercice du pouvoir exécutif pour l'excellente raison que le but de l'institution du CSM a été précisément de créer un organe distinct du Parlement et du gouvernement et juridiquement indépendant de l'un et de l'autre<sup>22</sup>. »

Dès cette époque, au moment même de sa formulation jurisprudentielle, ce critère d'attribution contentieuse était déjà source d'arbitraire, ce qui on en conviendra est regrettable lorsque c'est le statut même de la justice judiciaire qui est sur la sellette. « On se demande en quoi la désignation à titre provisoire d'un juge de paix comme procureur de la République<sup>23</sup> ou celle du président intérimaire d'une cour d'appel<sup>24</sup> touchent plus au fonctionnement qu'à l'organisation du service public de la justice<sup>25</sup>. »

Aujourd'hui de telles critiques apparaissent sous une lumière plus crue. Non seulement en raison de la consécration par la jurisprudence constitutionnelle d'une indépendance des fonctions juridictionnelles sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement, autrement dit ni le législatif ni l'exécutif – et donc pas davantage leurs juges respectifs – mais également et surtout parce que le Conseil constitutionnel reconnaît explicitement comme indissociables de la notion d'indépendance constitutionnelle les règles par lesquelles une juridiction décide de son organisation et de son fonctionnement : ainsi, dès l'instant où la « loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel » en affectant le régime de consultation de ses archives « qui n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil exerce ses missions », ce régime

20. T. confl. 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane*, Rec. 642 ; GAJA, n° 70 ; JCP, 1953, II, 7598, note Vedel.

21. CE, ass., 17 avr. 1953, *Falco et Vidailiac*, Lebon 175 ; JCP, 1953, II, 7598, note Vedel.

22. JCP, 1953, II, 7598, § XIII.

23. CE 5 juill. 1933, *Lara*, Lebon 738.

24. CE 30 nov. 1938, *Garrigues*, Lebon 897.

25. JCP, précité, § VI.

relève du domaine de la loi organique<sup>26</sup>. Encore une fois, suivre une prétendue ligne de crête entre organisation et fonctionnement s'avère une fausse piste, car dans une juridiction, le secret du délibéré n'est jamais très loin.

Reste alors comme l'avait déjà fort opportunément relevé le doyen Vedel la question de savoir si, en supprimant cette distinction entre organisation et fonctionnement, le risque n'est pas grand de laisser un contentieux sans voie de recours. Ici encore la réponse est claire et la jurisprudence constitutionnelle constante. Dans cette conciliation entre deux impératifs constitutionnels, le respect de la séparation des pouvoirs d'un côté, qui inclut tout ce qui concourt à la chose jugée, et le droit à un recours juridictionnel effectif d'un autre côté, c'est ce dernier qui fait l'objet d'atténuation, voire de restrictions<sup>27</sup>.

### B. COMMENT CONCILIER « INDÉPENDANCE ET ADMINISTRATION » DE LA JUSTICE JUDICIAIRE ?

Les mécanismes prétoriens qui viennent d'être décrits étant inappropriés, pourquoi ne pas en imaginer d'autres ?

Les choix, qui peuvent s'inspirer du droit comparé et des États européens, sont nombreux, car la question n'est pas nouvelle. L'une de ces options est d'accroître la part d'autoadministration de la justice judiciaire et, tout particulièrement, l'attribution en ce domaine d'un réel pouvoir réglementaire au CSM. C'est la solution choisie notamment dans les pays qui sont dotés d'une juridiction administrative, sans que ne soit invoqué, souvent par ceux-là mêmes qui le pratiquent, un prétendu réflexe corporatiste.

En France, une voie s'ouvre ainsi à nous. Lorsque l'autorité judiciaire décide de son administration, sans qu'entre en ligne de compte une quelconque considération de l'organisation ou du fonctionnement, tant pour le choix des personnes que pour le choix des actes, un mécanisme d'appel interne, porté évidemment devant une formation élargie et non devant les mêmes membres, pourrait être facilement institué au sein du CSM dans cet objet, le pourvoi restant possible devant la Cour de cassation. À la réflexion, plusieurs raisons nous conduisent à ce choix.

– En premier lieu, ce double mécanisme d'appel et de cassation n'existe pas devant le Conseil d'État, en particulier quand il est juge de l'excès de pouvoir d'une mesure administrative d'organisation du service judiciaire. Tel est le cas aussi lorsque la Haute Assemblée administrative statue sur une mesure discipli-

26. Cons. const. 9 juill. 2008, n° 2008-566 DC, *Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel*, cons. 3.

27. Cons. const. 13 mai 2011, n° 2011-129 QPC, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*, cons. 7. V. T. S. Renoux, M. De Villiers, X. Magnon, *Code constitutionnel*, commenté et annoté, LexisNexis, 2017, commentaire sous DDH, art. 16, § 24 s.

naire prise par le ministre de la Justice à l'encontre d'un magistrat du parquet, après avis (simple) de la formation disciplinaire du CSM.

– En deuxième lieu, lorsque le CSM inflige lui-même la sanction disciplinaire (ainsi à l'égard des magistrats du siège), en l'état actuel du droit, le Conseil d'État ne peut être saisi que d'un recours en cassation. Cette absence de parallélisme entre les recours disciplinaires devant le Conseil d'État nous paraît devoir être sérieusement remise en question au vu de la jurisprudence récente de la CEDH.

Dans deux arrêts du 21 juin 2016<sup>28</sup>, la CEDH, statuant à l'unanimité, exige un contrôle plein et entier de la décision disciplinaire du CSM, contrôle incluant un réexamen des faits. En l'espèce, la Cour suprême de justice (équivalent de la Cour de cassation en France) était compétente pour contrôler la légalité de la décision par laquelle le CSM avait appliqué des peines disciplinaires à trois magistrats. Dans le cadre du contrôle de légalité, la haute juridiction pouvait contrôler la validité des preuves, la suffisance et la cohérence de l'établissement des faits, ainsi que le caractère raisonnable et proportionnel de la décision punitive. Elle pouvait ainsi annuler la décision pour plusieurs motifs d'illégalité liés aux exigences de procédure ou de fond. Cependant, la Cour suprême de justice n'était pas compétente pour procéder au réexamen de l'établissement des faits par le CSM ; elle ne pouvait pas non plus revoir la peine appliquée mais uniquement décider si elle était adéquate à l'infraction et si elle n'était pas disproportionnée. La CEDH juge dès lors que, dans le cas de ces trois magistrats, le contrôle effectué par la Cour suprême de justice sur les décisions disciplinaires du CSM était insuffisant, la haute juridiction (judiciaire) s'étant livrée à un simple contrôle de la légalité sans avoir réexaminé les faits contestés par les intéressés alors qu'il s'agissait d'arguments importants pour l'aboutissement des procédures.

Retenons simplement que le contrôle des décisions du CSM est ici bel et bien porté devant la Cour suprême judiciaire – la Cour suprême de justice est l'homologue portugais de la Cour de cassation française – et non devant la Cour suprême administrative, plus haute juridiction de l'ordre administratif dans un pays qui connaît aussi du dualisme juridictionnel, et qui ignore, tout comme l'Allemagne et ses sept ordres de juridictions, l'existence même d'un Tribunal des conflits.

Une précision mérite toutefois d'être donnée sur ce contrôle des actes du CSM par la Cour suprême judiciaire. Alors même que devant cette dernière juridiction, l'une des requérantes se plaignait de ce que la Cour suprême de justice étant composée de membres eux-mêmes susceptibles de faire l'objet de mesures disciplinaires devant ledit CSM, l'exigence d'impartialité issue de l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention risquait de faire défaut, le grief n'a guère prospéré. Au contraire, constatant que les juges formaient, sauf quelques exceptions, une minorité des membres de la formation du CSM ayant examiné l'affaire, la CEDH juge que c'est cette situation qui

28. CEDH 21 juin 2016, *Ramos Nunes de Carvalho c. Portugal* (req. n° 55391/13, 57728/13 et 74041/13) et *Tato Marinho Dos Santos Costa Alves Dos Santos et Figueiredo c. Portugal* (req. n° 9023/13 et 78077/13).

« est problématique » au regard de l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention. Et elle relève « avec appréhension » que, dans le système juridique en cause, la loi ne formule aucune exigence particulière portant sur la qualification des membres non juges du CSM, de telle sorte que « l'indépendance et l'impartialité du Conseil supérieur de la magistrature peuvent être sujettes à caution ».

– En troisième et dernier lieu s'agissant du mécanisme français actuel, on ne saurait passer sous silence un élément d'appréciation évident et pourtant décisif : comment admettre que les actes d'une institution constitutionnelle, le CSM, puissent être l'objet, en ce compris ses avis non conformes, d'un contrôle juridictionnel<sup>29</sup> par une institution qui, sans en quoi que ce soit nier ses lettres de noblesse, ne voit ni son existence<sup>30</sup>, ni son organisation, ni le statut de ses membres fixés par le texte de la Constitution ou son prolongement, la loi, en l'occurrence organique ?

Au total, répondre à la question des conditions et limites d'une autorité judiciaire considérée en tant que service public et comme telle soumise à ses grands principes de continuité, de gratuité, d'égal accès et d'adaptabilité à la demande sociale nous amène, dans le sens de l'indépendance exigée, d'une part, sur le plan matériel, à appeler de nos vœux un renforcement des attributions du CSM ouvert à la participation de tous les magistrats, d'autre part, sur le plan organique, à souhaiter voir encore croître les garanties objectives d'indépendance et d'impartialité du Conseil d'État français. Qui s'en plaindrait ?

Laissons au doyen Vedel le dernier mot<sup>31</sup>, tant nous nous faisons nôtres ses belles paroles, d'une redoutable actualité :

« Nous avons trop souvent dans ces colonnes mêmes applaudi aux hardiesses du juge administratif et regretté certaines de ses timidités pour que l'on se méprenne sur le sens de ces observations et pour que l'on puisse les imputer au désir de restreindre systématiquement le champ d'action du juge administratif. Encore faut-il que l'audace souhaitée se déploie là où elle est justifiée en droit et souhaitable en fait : restriction des actes de gouvernement, limitation du pouvoir discrétionnaire. Faut-il dire que l'on ne désire pas en revanche que la juridiction administrative paraisse, si peu que ce soit, diriger sa pointe du côté du pouvoir judiciaire ? »

29. Contrôle des avis du CSM dont on peut se demander s'il est vraiment restreint à l'erreur manifeste d'appréciation. V. notamment : CE 29 oct. 2013, req. n° 346569 ; CE, 6<sup>e</sup>/1<sup>er</sup> SSR, 2 déc. 2015, n° 376532 ; CE 8 juin 2016, *M. C...*, req. n° 382736 et 386701 (à propos d'avis non conforme du CSM).

30. L'argument tiré de ce que le Conseil d'État, selon l'article 61-1 de la Constitution, soit chargé du renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité est bien maigre, d'autant qu'il ne qualifie ni ne détermine l'institution.

31. *Op. cit.*, § XVI.