

Quelle indépendance pour la justice ?*

Parmi les grands principes qui sous-tendent l'État de droit, c'est-à-dire la forme dans laquelle nous entendons que soient inscrites nos démocraties modernes, figure celui selon lequel nul ne peut être poursuivi ou détenu de façon arbitraire, et ceci a été proclamé depuis la Déclaration de 1789, même si la rédaction était un peu différente. C'est dire que la répression contre un citoyen, présumé avoir enfreint la loi, ne peut être exercée que de façon indépendante, on veut dire par là, sans que ce soit par obéissance au pouvoir politique, au gouvernement pour dire les choses simplement.

Jusque-là, c'est une évidence, on passera rapidement sur le fait que l'indépendance de la justice n'est appréciée — ou contestée — que par rapport au pouvoir politique : il est rarement question, du moins dans les vieilles démocraties d'Europe, de soumission au pouvoir économique, aux grandes entreprises par exemple et il n'est pas rare que celles-ci soient poursuivies et condamnées devant les tribunaux. On pourrait cependant remarquer que la question de l'argent n'est pas totalement absente de l'administration de la justice, qu'il s'agisse des frais générés par son accès, même si naturellement l'aide judiciaire existe, ou des honoraires parfois quelque peu extravagants de maîtres du barreau.

* Publié dans *Rendre la Justice*, éditions Sciences Humaines, 2013, pp 147-157.

Quelle indépendance pour la justice ?

Quoi qu'il en soit, c'est la question du rapport avec le pouvoir politique qui est posée et elle se fonde sur une ambiguïté de départ. Lorsque Montesquieu formule sa célèbre théorie de la séparation des pouvoirs (1748), parmi les trois puissances qu'il distingue, exécutive, législative et judiciaire, il accorde à cette dernière une importance particulière pour que le pouvoir soit « modéré », ce qui est son but. Ainsi, s'il admet des empiétements réciproques du législatif sur l'exécutif, il met en garde contre le fait que celui-ci détienne le judiciaire, « cette disposition suffit à faire sombrer la monarchie dans le despotisme ».¹ Et il préconise la combinaison souhaitable : « Dans la plupart des royaumes d'Europe le gouvernement est modéré parce que le prince qui a les deux pouvoirs laisse à ses sujets l'exercice du troisième ».²

Cette partie de la leçon sera retenue, mais au prix de quelques accommodements lorsque s'ajoute à l'exigence de modération celle de démocratie, c'est-à-dire pour aller au plus simple, que les titulaires de l'autorité de l'État soient élus par les citoyens ; cela paraîtra très vite évident pour le pouvoir législatif, d'où la montée de sa légitimité tout ou long du XIX^e siècle, plus lentement pour l'exécutif, même s'il est clair aujourd'hui que sa composition politique dépend de la volonté des citoyens, exprimée soit directement par l'élection au suffrage universel direct du principal responsable de l'État, soit indirectement par l'intermédiaire d'élections législatives qui sont aussi bien souvent l'élection du Premier ministre et de l'équipe gouvernementale.

Mais qu'en est-il du troisième pilier ? Logiquement, son indépendance, qui suppose au moins son égalité par rapport aux deux autres, devrait conduire là aussi à l'élection et à la légitimité qui en découlent. Les premiers révolutionnaires l'avaient bien compris ainsi puisque la Constitution de 1791 prévoyait l'élection des juges, même si les constituants de l'époque reculaient aussitôt devant leur propre audace en multipliant textes, précautions et mises en garde contre « le gouvernement des juges » et l'idée qu'il y a là un risque majeur pour la démocratie n'a pas disparu, loin s'en faut. L'élection des juges est en fait abandonnée dès la Constitution de l'an VIII et on ne la retrouvera

¹ Montesquieu, *De l'esprit des Loix*, Livre VI, chap. 5.

² Op. cit., Livre XI, chap. 6.

pas en France. Mais il existe quelques exemples dans le monde, ainsi, mais pas pour toutes les fonctions, aux États-Unis. À vrai dire, la montée d'une autre exigence, celle de la compétence dans un univers juridique très complexe, rend aujourd'hui cette perspective assez aléatoire. Conséquence sans doute de cet abandon, si on continue à parler du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, assis l'un et l'autre sur l'élection, on ne parle plus en France de « pouvoir judiciaire » mais « d'autorité judiciaire ».³

L'expression « pouvoir judiciaire » est rarement utilisée dans les constitutions françaises ; elle l'est pour la dernière fois par la Constitution de 1848 et ce n'est sans doute pas un hasard, puisque celle-ci apporte avec un régime présidentiel une stricte séparation des pouvoirs. Les lois de 1875 et la Constitution de 1946 éludent la question et la Constitution de 1958 consacre expressément son titre VIII à « l'autorité judiciaire », le contenu du titre étant la réaffirmation des grands principes (inamovibilité des magistrats, protection de la liberté individuelle, pas de détention arbitraire) et surtout l'institution d'un Conseil supérieur de la magistrature : c'est le moyen choisi pour garantir l'indépendance des membres de l'autorité judiciaire, ce qui pose la question difficile, en chantier permanent depuis 1958, de la composition de cette instance.

Si le président de la République est toujours dans la Constitution de 1958 « le garant de la l'indépendance de l'autorité judiciaire » (article 64 1), cette pétition de principe résiste mal à l'analyse. La garantie de l'indépendance semble être située essentiellement dans les garanties de carrière accordées aux magistrats dont les destinées sont confiées, solution assez générale en Europe, à un Conseil supérieur de la magistrature.

³ Denis Salas a tenté de la ressusciter, voir *Le Tiers-Pouvoir. Vers une autre justice*, Hachette, 2000, 323 p.

Quelle indépendance pour la justice ?

I. Garantie pour les magistrats et donc pour le justiciable

Le caractère essentiel du statut de la magistrature est le principe de l'inamovibilité, rappelé par l'article 65 al. 4 de la Constitution, mais qui n'entraîne pas — et finalement cette réforme est entrée dans les mœurs — qu'il y ait un droit à rester indéfiniment dans les mêmes fonctions (depuis 2002 pas plus de sept ans pour les présidents et les procureurs généraux), et pose à côté toute la question de la carrière et de la discipline.

Remarquons au passage que l'inamovibilité ne protège que les magistrats du siège, et que l'habitude en France est plutôt de considérer qu'il n'est pas anormal qu'il y ait un lien, on ne le qualifiera pas car il est variable selon les gouvernements et selon les époques, entre le gouvernement, plus spécialement le ministère de la Justice, et le parquet. C'est d'ailleurs un débat intéressant et potentiellement explosif avec la Cour européenne des droits de l'homme, car si nous considérons que la magistrature comprend et le siège et le parquet, la Cour est réticente sur le parquet en raison de ses moindres garanties d'indépendance justement.

L'essentiel est là dans les garanties de carrière : recrutement, avancement et discipline. Pour le recrutement l'essentiel est assuré par l'École nationale de la magistrature et si elle a pu faire l'objet de critiques ce n'est certainement pas d'être complaisante avec le gouvernement, quel qu'il soit.

Il est vrai que parallèlement des intégrations directes ont lieu dans la magistrature mais on n'a pas le souvenir que cela ait fait l'objet de procès en politisation. On peut cependant s'interroger sur la catégorie des juges de proximité dont il était fait grand cas il y a quelques années. Juge unique, non professionnel et sans appel, cela faisait beaucoup !

Le déroulement de la carrière, c'est-à-dire l'entrée dans le corps et la nomination à de nouveaux postes, est encadré par un ensemble de procédures très élaborées même si naturellement des améliorations sont toujours recherchées, et constituent l'essentiel de l'activité du CSM (plus de 2 000 cas examinés annuellement). Quant à la discipline, elle fait l'objet d'une dizaine de décisions par an, la faiblesse du nombre étant rassurante. Il y a peu d'exemples pour lesquels la procédure paraisse

avoir été détournée dans un but politique, même si parfois la menace a pu exister, avec en plus — ce qui est un peu étrange sur le plan théorique, même si cela constitue une garantie supplémentaire pour l'intéressé — le fait que les décisions du CSM en matière disciplinaire sont prises sous le contrôle du Conseil d'État.

Il est de bon ton d'affirmer que ces garanties pour les magistrats sont en réalité des garanties pour les justiciables, et il est vrai que l'un n'est pas exclusif de l'autre. Mais ce qu'il faut souligner ici, c'est que ces garanties sont pour beaucoup liées à l'existence d'une formation collective d'examen, le Conseil supérieur de la magistrature.

II. Le modèle « Conseil supérieur de la magistrature »

Le terme a une longue histoire pour sa forme moderne : elle commence dans les débats passionnés à la Chambre des députés en 1883 où deux projets Grévy proposent une formule très voisine de celles qui seront adoptées sous la Cinquième République : cela aboutira finalement à la loi du 30 avril 1883 qui, beaucoup plus modestement, transforme la Cour de cassation, lorsqu'elle siège en matière disciplinaire, en Conseil supérieur de la magistrature. Les débats se poursuivront dans la doctrine pour savoir s'il faut créer une institution autonome : de grands noms sont pour, par exemple Esmein, l'interprète le plus autorisé du droit constitutionnel républicain ou Carré de Malberg, d'autres sont contre comme Duguit.⁴

Il faudra attendre la Constitution de 1946 et son titre IX pour qu'il y ait la création d'une instance autonome et ouverte à des personnalités extérieures à la magistrature (un texte légèrement différent figurant, déjà, dans le premier projet constitutionnel de 1946).

Et l'institution, même si elle est modifiée à plusieurs reprises, on le dira plus loin, existera pendant toute la Cinquième République sans que son principe soit remis en cause.

⁴ Voir A.- M. Maller, « La responsabilité des juges dans le débats parlementaires de la fin de XIX siècle », in *Juger les juges du Moyen Âge au CSM*, Documentation française, 2000, p. 170-183.

Quelle indépendance pour la justice ?

Le modèle ne doit pas être si mauvais puisqu'il connaît une consécration internationale : la formule existe dans de nombreux pays européens, avec bien entendu quelques différences d'un cas à l'autre, notamment pour ce qui est de sa composition. Ainsi, l'Italie connaît un Conseil supérieur de la magistrature composé pour un tiers de magistrats et pour un tiers de « laïques » (professeurs de droit ou avocats) ; même structure au Portugal, mais les magistrats y sont en minorité (sept sur dix-sept membres) alors qu'ils sont majoritaires dans le Conseil général du pouvoir judiciaire espagnol (douze sur vingt et huit juristes extérieurs à la magistrature). On signalera que l'Allemagne a adopté un système plus compliqué avec des conseils différents suivant qu'il s'agit de discipline, de recrutement ou d'un rôle consultatif, ce tant au niveau fédéral que pour chaque *Land*.

La généralisation du système du CSM est attestée par la mention de sa nécessité dans plusieurs textes émanant du Conseil de l'Europe ou d'organismes dans son orbite comme la commission de Venise, notamment son rapport de 2007 sur la nomination des juges.⁵ L'idée dominante est que les juges doivent être nommés par un organisme indépendant comprenant sinon une majorité, du moins une large proportion de juges des différents niveaux avec une procédure de désignation permettant de respecter un pluralisme interne au corps judiciaire. Et il est fréquent que la commission rappelle cette exigence à l'occasion de l'examen d'un texte constitutionnel ou législatif, tout en laissant naturellement une latitude pour ce qui est des proportions des différentes catégories.

Car c'est là que se trouve le principal débat sur ces Conseils supérieurs de la magistrature : faut-il une majorité de juges, ce qui est tentant pour échapper à l'emprise des politiques mais conduit au risque du corporatisme, ou une majorité de « laïques » pour reprendre la savoureuse expression italienne, ce qui a évidemment l'effet inverse. Le cas français illustre bien cette situation.

⁵ CDL-AD (2007) 028.

III. Les compositions successives du CSM français

Pour s'en tenir à la Cinquième République, l'article 65 a connu trois rédactions successives et une quatrième est annoncée. Cela montre bien que les solutions intervenues n'ont pas été jugées satisfaisantes et à chaque fois c'est la question de la composition, avec celle de l'obligation pour le gouvernement de suivre l'avis, qui est le point essentiel du débat.

Dans le système originel, en 1958, le CSM a comme président le président de la République (le secrétariat du Conseil est d'ailleurs rattaché aux services de la présidence) et comme vice-président le garde des Sceaux. S'ajoutent à eux neuf membres, désignés par le président de la République dont trois membres de la Cour de cassation, trois magistrats du siège des cours et tribunaux, les six choisis sur une liste établie par le bureau de la Cour de cassation et comprenant pour chaque catégorie un nombre de noms triple (ordonnance du 22 octobre 1958) ; siègent en outre un conseiller d'État, choisi sur une liste de trois noms établie par le bureau du Conseil d'État et deux personnalités qualifiées. On a donc une majorité de magistrats (six sur onze) mais évidemment une très forte présence et donc influence du président de la République, facilement répercutée par le secrétaire général du Conseil qui fait partie de ses collaborateurs directs.

Ce système est modifié par la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 qui distingue désormais deux formations, l'une pour le siège, l'autre pour le parquet : le président de la République est toujours président et le garde des Sceaux vice-président pour les deux formations qui comprennent six magistrats (cinq du siège et un du parquet pour la formation du siège, l'inverse pour celle du parquet) élus dans quatre catégories différentes (L.O. du 5 février 1994), un conseiller d'État élu par l'assemblée générale du Conseil d'État et trois personnalités qualifiées nommées respectivement par le président de la République, le président du Sénat et le président de l'Assemblée nationale : la formule entraîne parité entre magistrats et non magistrats.

Là non plus, elle n'a pas été jugée satisfaisante et le poids du président de la République a continué d'être considéré comme excessif : il faut reconnaître à Nicolas Sarkozy le mérite d'avoir renoncé à siéger

Quelle indépendance pour la justice ?

— et donc à présider — avant de mettre en œuvre la révision de 2008 qui autonomise très largement, dans sa composition, le CSM. Si le principe des deux formations est conservé, la présidence est désormais assurée par le plus haut magistrat du siège, le Premier président de la Cour de cassation, pour la formation du siège et par le procureur général de ladite cour pour la formation du parquet. S’y ajoutent six magistrats (cinq et un comme dans la formule précédente), un conseiller d’État élu par l’assemblée générale, un avocat désigné par le Conseil national des barreaux et six personnalités qualifiées, désignées cette fois-ci à raison de deux pour chacune, par les trois autorités précédentes. On signalera que ces nominations sont désormais soumises à l’examen des commissions parlementaires compétentes et l’innovation est intéressante, non qu’il faille s’attendre à l’opposition des trois cinquièmes de l’une ou l’autre commission mais parce que la perspective de l’épreuve peut décourager des personnalités peu assurées de leur propre compétence, à l’image de ce qui se passe parfois au Sénat des États-Unis.

Donc, au fur et à mesure de cette évolution, une prise de distance certaine avec l’exécutif, tant pour ce qui est de la présidence de la République que du gouvernement, même si Jean Gicquel, qui pourtant a appartenu au CSM, le classe dans « les Conseils de l’Exécutif »⁶ et une majorité de « laïques » (huit sur quinze) et, sans doute en contrepartie, la présidence pour le magistrat le plus élevé... peut être un pas vers la tentation corporatiste, il semble d’ailleurs que l’automne 2012 soit le moment d’une lutte d’influence feutrée entre présidents des deux formations et chancellerie, avec en fond l’annonce d’une nouvelle révision constitutionnelle.

IV. Pistes pour une révision

On n’aura pas ici l’imprudence de proposer une solution idéale, d’autant qu’il n’y en a probablement pas. Une des questions qui sera certainement centrale est celle des suites de l’avis, obligatoire ou non,

⁶ Voir son manuel de droit constitutionnel, édité chez Montchrestien, 26^e édition, p. 684-685.

pour l'autorité de nomination : il y a gros à parier que la conformité, nécessaire pour le siège, sera aussi requise pour le parquet, ne serait-ce que pour amadouer la cour de Strasbourg. Une autre sera évidemment celle, récurrente donc, de la composition, à propos de laquelle on voudrait verser au débat trois considérations.

La première a trait au pluralisme, valeur essentielle de nos démocraties ; dans une formule heureuse le Conseil constitutionnel a affirmé que « le pluralisme est un objectif de valeur constitutionnelle, le respect de son expression une condition de la démocratie » (CC 19 juillet 2004, commerce électronique). Il est convenable que ce pluralisme soit mis en œuvre pour la désignation des membres des organes de nature constitutionnelle (Conseil constitutionnel et CSM) ou des autorités administratives indépendantes comme le Conseil supérieur de l'audiovisuel par exemple.

Mais comment le principe se traduit-il ? Souvent par la désignation des membres par les trois hautes autorités que sont le président de la République, le président du Sénat et le président de l'Assemblée nationale... sans prendre garde au fait que ces autorités peuvent appartenir toutes les trois au même camp politique, c'était le cas pour la droite de 2002 à l'automne 2011 et c'est le cas pour la gauche depuis juin 2012. Certes les nominations peuvent être empreintes de sagesse et il y a l'examen par les commissions parlementaires mais ce n'est pas une garantie suffisante pour ce qui est du pluralisme.

Une autre formule assez curieuse est le pluralisme des juridictions : désignation par le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour des comptes pour un tiers chacun... intéressante pour l'harmonie entre les juges dans leur dialogue, cette solution présente peu d'intérêt par rapport à la conception habituelle du pluralisme.

Le fin du fin est sans doute de concilier les deux : ainsi la commission compétence pour l'examen du découpage des circonscriptions électorales, dite commission de l'article 25 de la Constitution. La loi du 13 janvier 2009 (devenue article L. 567 du code électoral) établit sa composition : trois membres désignés par les trois autorités politiques et trois désignés par les trois juridictions, à raison à chaque fois d'un pour chacune. Du point de vue de la géométrie c'est admirable, pour ce qui est de l'adéquation à l'objet c'est plus discutable. Il serait peut-être temps de sortir d'une certaine paresse intellectuelle en matière de

Quelle indépendance pour la justice ?

pluralisme de ces différentes instances et de réfléchir à des solutions qui permettent d'atteindre l'objectif.

La deuxième observation est qu'il y a là une possibilité fournie par la révision constitutionnelle de 2008 ; celle-ci, en suivant les propositions du comité Balladur, a procédé à une salubre opération de réalisme politique en introduisant dans la Constitution la distinction, évidente mais jusque-là informulée, entre majorité et opposition : les « groupes d'opposition » ont ainsi des droits reconnus par l'article 48, ou à reconnaître en application de l'article L. 51 1, même si le critère d'appartenance à la majorité ou à l'opposition n'est pas établi et si reste la question d'un groupe qui souhaiterait n'être ni de majorité ni d'opposition.

Sous ces réserves, que l'on peut sans doute dépasser, la distinction ainsi introduite pourrait être l'occasion d'une avancée utile en matière de pluralisme : pourquoi ne pas établir que dans un certain nombre d'institutions — et le CSM nouveau pourrait être un premier exemple — la moitié des personnalités qualifiées est nommée sur une liste proposée par le ou les groupes de la majorité et l'autre moitié par le ou les groupes de l'opposition, celles-ci pouvant être à nouveau nommées par moitié pour chaque assemblée, précaution utile si on veut l'acceptation du Sénat... Après tout, nous avons pris l'habitude de l'alternance (2012 est la septième depuis 1958...) et une telle formule mettrait à l'abri du soupçon les institutions concernées en cas de nouvelle alternance, ce qui ne serait pas un mince résultat.

Troisième et dernière observation, qui vient comme il se doit détruire ce qui a été dit plus tôt, le raisonnement que nous avons implicitement accepté repose sur l'idée que l'origine détermine le comportement du membre de l'instance : celui-ci, parce qu'il est magistrat votera avec les autres magistrats, celui-là, parce qu'il est désigné par une personnalité opposée au gouvernement votera contre les projets de ce dernier, etc. Heureusement, c'est plus compliqué que cela et l'indépendance existe aussi dans les têtes, confinant à ce que Robert Badinter appelle joliment « le devoir d'ingratitude » à propos de la nomination du Conseil constitutionnel.

Mais il est vrai aussi que les autorités de nomination ayant tendance, et c'est assez naturel, à trouver quelqu'un qui leur est intellectuellement proche, c'est pour cela même qu'il faut du pluralisme dans les autorités,

Jean-Claude Colliard: profesor, constitucionalista, juez electoral y hombre honesto

l'indépendance n'interdit pas la proximité. Cette dernière rend d'ailleurs assez vaine la question d'éventuelles pressions, cela peut exister mais c'est souvent inutile, le réflexe d'une personnalité étant volontiers déterminé par sa personnalité même, son histoire et sa carrière, chacun d'entre nous étant un « homme situé » pour reprendre l'expression du grand constitutionnaliste bourguignon qu'était Georges Burdeau. Il est donc assez probable que la position de celui qui est nommé soit proche de la position qu'aurait prise celui qui l'a nommé ; d'ailleurs pourquoi l'éviter ? Il serait absurde que par artifice on prenne une position différente de celle à laquelle on est enclin. Et donc la question de la composition des instances est peut-être encore plus complexe que ce que l'on a essayé d'esquisser ici, tout en admettant qu'elle n'est pas la seule pour garantir l'indépendance de la justice. Mais elle est probablement dans les préalables nécessaires.