



HAL
open science

Réflexions sur la légitimité de la magistrature ordinaire depuis la Révolution française

Clément Bureau

► **To cite this version:**

Clément Bureau. Réflexions sur la légitimité de la magistrature ordinaire depuis la Révolution française. Droit. Université Montpellier, 2020. Français. NNT : 2020MONTD032 . tel-03425142

HAL Id: tel-03425142

<https://theses.hal.science/tel-03425142v1>

Submitted on 10 Nov 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit privé et sciences criminelles

École doctorale 461 Droit et science politique

Unité de recherche EDPM – UMR 5815

Réflexions sur la légitimité de la magistrature ordinaire depuis la Révolution française

Présentée par Clément BUREAU

Le 4 décembre 2020

Sous la direction des Professeurs Didier THOMAS et Pascal VIELFAURE

Devant le jury composé de

Monsieur Jean-Pierre ROYER, Professeur émérite et doyen honoraire de la faculté de droit et science politique, Université de Lille II	Rapporteur
Madame Vanessa VALETTE-ERCOLE, Professeur, Université de Perpignan – Via Domitia	Rapporteuse
Madame Marie-Christine SORDINO, Professeur, Université de Montpellier	Présidente du jury
Monsieur Pascal VIELFAURE, Professeur, Université de Montpellier	Membre invité
Madame Catherine MALLET-HUET, substitut général, secrétaire général du parquet général, Cour d'appel de Montpellier	Membre invité
Monsieur Didier THOMAS, Professeur émérite, Université de Montpellier	Directeur de thèse



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

En premier lieu, j'adresse mes remerciements les plus sincères aux Professeurs Didier Thomas et Pascal Vielfaure, qui par leur direction attentive et exigeante, ont permis la réalisation de ce travail de recherche.

Je remercie Madame Marie-Christine Sordino, Professeur à l'Université de Montpellier, dont j'ai suivi les enseignements en Master 2, d'être membre et présidente de mon jury de thèse. Je remercie également Madame Vanessa Valette-Ercole, Professeur à l'Université de Perpignan – Via Domitia, pour l'intérêt qu'elle porte à mon sujet et d'avoir accepté d'être rapporteure. Je suis honoré que Madame Catherine Mallet-Huet, substitut général, secrétaire général du parquet général à la Cour d'appel de Montpellier, soit présente au sein du jury pour ma thèse portant sur les magistrats. Enfin, j'adresse toute ma gratitude à Monsieur Jean-Pierre Royer, Professeur émérite et doyen honoraire de la faculté de droit et science politique de Lille II pour sa présence et son immense expertise sur mon sujet de thèse.

Je tiens à remercier l'ensemble de l'équipe de droit pénal de la faculté de droit et science politique de Montpellier et sa directrice, le Professeur Marie-Christine Sordino, pour son accueil et son accompagnement depuis le Master 2.

Je remercie la faculté de droit et science politique de Montpellier, l'institut Montpellier Management et l'IUT de Montpellier dans lesquels j'ai eu l'immense privilège d'enseigner pendant cinq années ; riches en rencontres et enseignements personnels.

J'ai également une forte pensée pour le parquet du Tribunal judiciaire de Montpellier qui m'a accueilli pendant un an, comme assistant de justice, et où j'ai appris à aimer la Justice, la magistrature et à comprendre ses difficultés.

J'adresse mes remerciements les plus profonds à mes parents sans lesquels cette thèse n'aurait pas vu le jour, sans leur indéfectible présence. Je remercie ma famille ; Mathieu, Pierre, Julia, Adeline, Lucas, Éloi, Aymeric, Valentin ainsi que mes amis ; Benjamin, Alexandre, Raphaël, Hugo pour le soutien moral durant ces années. Cette thèse est la vôtre.

Sommaire

Introduction

Partie 1 : Le constat de la dépendance de la magistrature au pouvoir politique

Titre 1 : La négation de l'indépendance par le pouvoir politique

Chapitre 1 : L'affermissement du rôle du pouvoir politique dans la nomination

Chapitre 2 : La dérégulation de la nomination par la faiblesse de l'inamovibilité

Titre 2 : L'effet néfaste de la dépendance au pouvoir politique

Chapitre 1 : Les atteintes portées à la magistrature par sa dépendance

Chapitre 2 : L'émergence contrariée des mécanismes d'indépendance

Partie 2 : La nécessité d'une véritable indépendance de la magistrature par rapport au pouvoir politique

Titre 1 : Une réponse palliative à la dépendance

Chapitre 1 : L'objectivisation du recrutement

Chapitre 2 : La prise de pouvoir des magistrats sur leur propre corps

Titre 2 : Le besoin d'une redéfinition totale des garanties de l'indépendance

Chapitre 1 : Une persistance de la présence du pouvoir politique en contradiction avec l'indépendance

Chapitre 2 : La destruction du modèle actuel au profit d'un réel pouvoir judiciaire

Liste des principales abréviations

AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
AJ pénal	Actualité Juridique pénal
al.	Alinéa
Arch. Parl.	Archives parlementaires
Arch. pol. crim.	Archives de politique criminelle
art.	Article
Bull. ass. plén.	Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Loi	Bulletin des lois
c.	Contre
Cass.	Cour de Cassation
C. pén.	Code pénal
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CvEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
ch.	Chambre
Chap.	Chapitre
chron.	Chronique
C. Inst. Crim	Code d'instruction criminelle
Circ.	Circulaire
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
coll.	Collection
comm.	Commentaire
CC.	Conseil constitutionnel
consid.	Considérant
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
CSM-parquet	Conseil supérieur de la magistrature en formation parquet
CSM-siège	Conseil supérieur de la magistrature en formation siège
D.	Recueil Dalloz
D. actu.	Dalloz actualité
DC	Décision du Conseil constitutionnel
déc.	Décision
dir.	Sous la direction de
doctr.	Doctrine
D. pénal.	Revue de Droit pénal
Duvergier	Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'Etat
éd.	Édition

ENM	École nationale de la magistrature
Gaz. Pal. gr. ch.	Gazette du Palais Grande chambre
<i>ibid.</i> in	<i>Ibidem</i> Dans
JCP G JORF / JOEF	Juris-Classeur Périodique, éd. Générale (Semaine juridique) Journal Officiel de la République Française / de l'État Français
L. L. const. L. org. LGDJ LPA	Loi Loi constitutionnelle Loi organique Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Les Petites Affiches
obs. <i>op. cit.</i> ord. ord. stat.	Observations <i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage précité) Ordonnance Ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature
p. PUAM PUF PUG	Page Presses Universitaires de Marseille Presses Universitaires de France Presses Universitaires de Grenoble
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel ou Recueil Lebon
Rev. sc. crim. RFDA RFAP RFDC RUE	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé Revue Française de Droit Administratif Revue française d'administration publique Revue Française de Droit Constitutionnel Revue de l'Union européenne
s. S. SM	Suivant Recueil Sirey Syndicat de la magistrature
T. TGI TJ	Tome Tribunal de grande instance Tribunal judiciaire
USM	Union syndicale des magistrats
V. Vol.	Voir Volume

Introduction

« L'histoire du mode de recrutement de la magistrature n'est ni plus ni moins que celle d'une longue et difficile libération, d'une douloureuse séparation entre pouvoir et justice »¹. Tous les enjeux de la quête de légitimité de la magistrature se retrouvent dans cette citation du Doyen Jean-Pierre Royer. La relation et la séparation entre pouvoir et justice ne se limitent pas qu'au recrutement. L'évolution historique du recrutement est révélatrice de cet état mais dépasse ce seul cadre et s'applique plus largement à son histoire toute entière. Par cette citation, la magistrature est placée comme un intermédiaire, une interface entre le pouvoir politique et la justice. Elle est le symbole de la balance pouvoir et justice. La magistrature, son état, son appréhension sont révélateurs de ces rapports. La légitimité de la magistrature est alors puisée dans sa relation avec le pouvoir politique. Avant de s'interroger sur cette séparation et ses implications pour la magistrature, il convient de s'intéresser aux termes de justice et de pouvoir pour comprendre le lien qui en découle.

La justice peut se définir comme un idéal, une vertu, un bienfait ou plus prosaïquement comme une fonction juridictionnelle², une organisation judiciaire³. Le pouvoir est « l'ensemble des compétences juridiques et matérielles de l'État, compétence suprême permettant de contrôler l'exercice des autres »⁴. Elle renvoie également à l'idée de puissance, d'autorité⁵ qui est exercée sur quelqu'un ou quelque chose. À la lumière de ces définitions, la relation entre le pouvoir et la justice s'entend comme l'exercice et le contrôle de la fonction juridictionnelle par la puissance étatique. Cette appropriation par le pouvoir de la justice est très ancienne, remontant aux « primitifs où le chef, le juge, le législateur, le prêtre, le père, l'époux, le maître, le propriétaire, tout cela ne faisait qu'un »⁶. Progressivement, l'exercice de la justice est confié à diverses autorités. Le Sénat spartiate est à la fois juge et législateur avec un Roi donnant l'impulsion à la chambre. Ce Roi pouvait suspendre le Sénat et récupérer tous les pouvoirs en cas de guerre extérieure⁷.

¹ J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, 3^e éd., Paris, PUF, 2001, p. 658.

² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2020, p. 589.

³ H. CAPITANT (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1930, p. 320.

⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2020, p. 777.

⁵ Dictionnaire de l'Académie Française, 9^e édition.

⁶ E. FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel*, Paris, A. Marecq aîné, 1880, p. 30.

⁷ *Ibid.*, p. 46.

À Athènes, la justice est confiée à l'Aréopage. Composé d'anciens archontes et de la noblesse, « il exerce une haute justice criminelle [...] les membres du conseil sont inamovibles et gagnent en indépendance »⁸. Ils se tiennent en dehors du palais du Roi. Progressivement, l'Aéropage va perdre quasiment l'ensemble de ses compétences, mis à part les assassinats, au profit de l'Héliée. Juridictions populaires composées de centaines de citoyens nommés héliastes, elles vont trancher les litiges de la Cité⁹. La Rome Antique connu deux époques majeures, la République et l'Empire. La justice sous la République est essentiellement populaire et est confiée à des magistrats chargés d'appliquer la loi des XII tables. Il était établi des comices centuriates ou tributes¹⁰. En revanche, la justice impériale est fondée sur l'imperium donnant à l'empereur un pouvoir de répression, de rendre la justice¹¹. Les juridictions populaires vont progressivement disparaître au profit de juridictions composées de juges-fonctionnaires choisis par l'Empereur¹².

Sans multiplier les exemples, l'on constate aisément que dès l'antiquité¹³ le politique et la justice sont liés, de manière plus ou moins directe. Le pouvoir juridictionnel et son exercice ont « été et demeurent une justice d'État depuis des siècles, en Europe et dans le Nouveau Monde »¹⁴. Il fait partie intégrante de l'État et est une expression de sa puissance devenue monopolistique, mettant progressivement un terme à la justice privée¹⁵. Le lien entre pouvoir et justice est donc millénaire. Il est un des attributs de son pouvoir. Mis à part les temps primitifs où le titulaire du pouvoir assumait seul tous ces attributs, un constat ressort. Le pouvoir doit déléguer la justice à d'autres titulaires pour assumer cette charge à sa place. Ce qui est possible pour une tribu à petite échelle ne l'est pas pour un pays, un empire. Néanmoins, la justice est présente dans les deux cas, elle est autant une exigence qu'une nécessité¹⁶. La délégation de l'exercice de la fonction juridictionnelle n'altère pas le lien politique – justice, il le rend simplement possible à une plus grande échelle.

⁸ M. HUMBERT, D. KREMER, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 12^e éd., Précis, Dalloz, 2017, p. 46.

⁹ *Ibid.*, p. 132 et s.

¹⁰ *Ibid.* p. 254 et s.

¹¹ *Ibid.*, p. 387.

¹² *Ibid.*, p. 399.

¹³ V. également sur la justice dans l'antiquité ; J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Les institutions de l'Antiquité*, 8^e éd., Précis Domat, LGDJ, 2014, 544 p.

¹⁴ J. FOYER, *Histoire de la justice*, Que sais-je, n° 137, PUF, 1996, p. 5.

¹⁵ D. ALLAND, « Justice privée (Droit de se faire justice à soi-même) », *Droits*, n° 34, 2001/2, p. 73 – 80.

¹⁶ J-F. BALAUDÉ., *Les théories de la justice dans l'Antiquité*, Collection 128, Nathan université, Paris, 1996, p. 9.

Étymologiquement, le mot magistrat provient du latin « magistratus » signifiant chargé d'une fonction publique¹⁷. Ce terme n'est donc pas réservé à celui qui exerce une fonction judiciaire à l'origine. Il concerne n'importe quel type de fonction. Ce magistrat chargé d'une fonction juridictionnelle s'immisce dans le lien fusionnel du pouvoir avec la justice. Il lui confie par nécessité cette fonction pour assurer la justice que le pouvoir ne peut plus assurer tout seul.

L'histoire française de la justice n'échappe pas à ce constat, elle était tout aussi fortement rattachée au pouvoir politique (I). La théorie de la séparation des pouvoirs va remettre en cause ce lien jusqu'ici indéfectible ; supposant alors l'indépendance de ceux qui exercent la justice. Cette indépendance sera remise en cause par la caractérisation de la nature de la puissance judiciaire elle-même (II). Néanmoins, la fonction judiciaire, via la magistrature, entretient toujours des rapports pour le moins complexes avec le pouvoir politique ; entre séparation et prolongement, entre indépendance et dépendance. Le lien les unissant n'est pas clair et déterminé. Les rapports ne peuvent donc pas être apaisés ; l'un voulant être indépendant, l'autre ne voulant pas perdre son pouvoir. Ce rapport qui va s'engager entre le pouvoir politique et la magistrature sera au cœur de la légitimité de cette dernière (III).

¹⁷ G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2020, p. 627.

I. La justice : une fonction intimement liée au pouvoir politique

Si une telle séparation est évoquée par le Doyen Royer, c'est parce que la justice et le pouvoir ont été auparavant intimement liés. Avant qu'ils ne s'opposent, la justice a été totalement aux mains du pouvoir politique. Elle était exercée par lui et pour lui ; mais n'émanait que de lui. Un aperçu de la justice des origines¹⁸ à celle d'Ancien Régime permet de mettre en lumière cette symbiose. La question de la dépendance ou de l'indépendance de la magistrature ne se posait pas ; on ne peut pas être indépendant ou dépendant de soi-même. Avant que la séparation des pouvoirs ne soient prônée et érigée en dogme incontournable, la justice et le politique ne faisaient qu'un. L'histoire si prégnante de la justice en témoigne¹⁹. La relation entre le pouvoir politique et la justice n'a pas toujours été si évidente, elle a fait l'objet d'oppositions et de luttes de pouvoirs.

Les origines de la justice française remontent à l'époque franque, entre son héritage romain par une justice rendue par les gouverneurs romains et les influences barbares germaniques. Selon la loi Salique élaborée dès le IV^{ème} siècle, sous les Mérovingiens, la justice était assurée par une assemblée réunie en tribunal appelée mallum dirigée par un chef, nommé thunginus ou comte. Le peuple, par sa clameur, pouvait apprécier les jugements²⁰. À partir de la dynastie des Carolingiens, la justice va véritablement s'ancrer en France. Par Charlemagne et ses capitulaires à la fin du VIII^{ème} siècle, la justice prendra réellement racine²¹. Différentes sortes de juridictions vont être instaurées. Des juridictions communales, seigneuriales et ecclésiastiques vont proliférer à travers de la féodalité et le démembrement de l'autorité royale²². Ce basculement provient de la faiblesse du pouvoir royal, de « l'atomisation de sa puissance publique »²³ et donc incidemment de sa puissance judiciaire. La justice est toujours exercée par le pouvoir politique ; par un moins puissant mais plus localisé. Même disloqué, le pouvoir reste le pouvoir ; il dispose toujours la justice.

¹⁸ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, Paris, T. 1, 1957, Plon, 448 p.

¹⁹ « Il n'est sans doute pas de domaine en France où l'histoire soit plus présente que dans la justice », L. CADIET., *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 584.

²⁰ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, Paris, T. 1, 1957, Plon, p. 3.

²¹ B. SUR, *Histoire des mille ans de la justice française*, Litec, Carré droit, 2003, p. 5.

²² M. ROUSSELET, *ibid.*, p. 4 – 8.

²³ G. JUGNOT, *Histoire de la justice française - De l'époque franque à nos jours*, Ellipses, 2011, p. 19.

Malgré l'atomisation, le pouvoir royal se renforce progressivement à partir de la fin du XII^{ème} siècle grâce au travail des légistes sur les « vestiges du droit romain »²⁴ et la redécouverte des compilations de Justinien. Le Roi réclame son pouvoir de justice, et c'est par ce biais qu'il va accroître sa puissance sur tout le territoire. À partir de ce moment-là, une lutte d'influence va s'enclencher contre les justices non royales concurrentes, les seigneuriales et ecclésiastiques²⁵. Ce processus va aboutir à l'instauration dans un premier temps des prévôtés puis des baillages et sénéchaussées comme justices royales subalternes²⁶. Dans un premier temps, ces juridictions coexistent avec les justices seigneuriales jusqu'à les rendre parfois ineptes à mesure que la compétence matérielle des juridictions royales augmente²⁷. Elles vont mécaniquement décliner²⁸. Enfin, la royauté va instaurer le Parlement, d'abord unique à Paris, puis va en créer d'autres à partir du XV^{ème} dans le royaume²⁹ pour arriver au nombre de treize avant la Révolution³⁰. Ils sont compétents en dernier ressort pour la justice ordinaire rendue par les juridictions inférieures et de manière spéciale si les affaires concernent le Roi³¹. Une juridiction intermédiaire, entre les baillages et les parlements, fût créée en 1552. Ce sont les présidiaux³². En parallèle à la complexité de ces juridictions royales ordinaires, ils en existent des extraordinaires³³. Le tout formant un véritable dédale³⁴ défiant toute logique³⁵.

L'ensemble de ces juridictions reçoivent une délégation de la part du Roi pour exercer la justice en son nom³⁶ ; c'est la justice déléguée. Cependant, cette délégation est particulière au sens où le Roi peut décider de la rendre lui-même ; c'est la justice retenue³⁷. Derrière l'image de Saint Louis rendant la justice sous son chêne dans la forêt de Vincennes³⁸, le Roi est « fontaine de

²⁴ « Ayant ingénieusement imaginé de dire que « le Roi de France est empereur en son royaume », les légistes revendiqueront pour leur souverain les droits et prérogatives que les lois romaines reconnaissent à l'empereur. Or, selon le droit du Bas Empire, toute justice émane de l'empereur. En France, elle émanera par conséquent du roi », J. FOYER, *Histoire de la justice, Que sais-je*, n° 137, PUF, 1996, p. 20.

²⁵ G. JUGNOT, *Histoire de la justice française - De l'époque franque à nos jours*, Ellipses, 2011, p. 26 – 29.

²⁶ B. GARNOT, *La justice en France de l'an mil à 1914*, Nathan Université, 1993, p. 57 et s.

²⁷ B. BARBICHE, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne - XVI^e-XVIII^e siècle*, PUF, Quadrige, 2012, p. 49 – 50.

²⁸ B. GARNOT, *La justice en France de l'an mil à 1914*, Nathan Université, 1993, p. 59.

²⁹ B. BARBICHE, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne - XVI^e-XVIII^e siècle*, PUF, Quadrige, 2012, p. 106.

³⁰ *Ibid.*, p. 341.

³¹ *Ibid.*, p. 345.

³² B. GARNOT, *La justice en France de l'an mil à 1914*, Nathan Université, 1993, p. 61.

³³ G. JUGNOT, *Histoire de la justice française - De l'époque franque à nos jours*, Ellipses, 2011, p. 35 et s.

³⁴ J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 4^e éd., 2010, p. 49.

³⁵ A. LEBIGRE, *La justice du roi : la vie judiciaire dans l'ancienne France*, Paris, L'aventure humaine, Albin Michel, 1988, p. 38.

³⁶ J. FOYER, *Histoire de la justice, Que sais-je*, n° 137, PUF, 1996, p. 25 et s.

³⁷ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 32 et s.

³⁸ P. BOUCHER, *La révolution de la justice : des lois du roi au droit moderne*, Paris, J-P. de Monza, 1989, p. 3.

justice »³⁹. Elle ne découle que de lui. La justice retenue était exercée par le Roi en personne ou son Conseil, qui était le roi⁴⁰. Il était reçu et instruit des demandes qui lui étaient faites⁴¹. La justice retenue pouvait également procéder par des lettres de cachets court-circuitant la justice ordinaire. Il pouvait également établir des juridictions exceptionnelles dont il choisissait les juges membres, appelées jugement par commissaire⁴². Si « le principe [de la justice retenue] est simple, ses applications sont déroutantes à travers divers canaux ; le roi est maître de juger qui il veut, quand il veut, comme il veut »⁴³.

Si la justice est faite au nom du Roi, il ne peut pas juger toutes les affaires du Royaume, il n'en connaît qu'une fraction à travers la justice retenue. Pour le reste, il délègue aux juridictions royales son pouvoir. Cette délégation est donnée à l'institution qui la reçoit. Elles sont composées de magistrats qui reçoivent aussi cette délégation de justice au nom du Roi. La différence entre les magistrats du siège et du parquet naît à l'aune de cette justice royale. Le siège est composé de magistrats principaux appelés lieutenants ou présidents dans les plus hautes juridictions ; des conseillers qui préparaient et jugeaient collégalement dans les parlements et tribunaux importants⁴⁴.

Trouvant ses origines à l'époque médiévale⁴⁵, « des procureurs du roi apparaissent avant 1300 sous les règnes de Philippe III et Philippe le Bel »⁴⁶. D'abord chargé de défendre les intérêts du Roi comme un client⁴⁷, le parquet⁴⁸ est un corps hiérarchisé sous l'autorité du Chancelier allant du procureur général, à l'avocat général jusqu'au procureur royal dans chaque juridiction⁴⁹. Le

³⁹ A. LEBIGRE, *La justice du roi : la vie judiciaire dans l'ancienne France*, Paris, L'aventure humaine, Albin Michel, 1988, p. 24.

⁴⁰ « Le Conseil en effet touchait à l'essence même de la monarchie. Le Conseil était le roi, il n'avait ni existence ni autorité propre séparé du souverain », B. BARBICHE, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne - XVI^e-XVIII^e siècle*, PUF, Quadrige, 2012, p. 56.

⁴¹ J. FOYER, *Histoire de la justice*, Que sais-je, n° 137, PUF, 1996, p. 38.

⁴² B. BARBICHE, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne - XVI^e-XVIII^e siècle*, PUF, Quadrige, 2012, p. 51 et s.

⁴³ A. LEBIGRE, *La justice du roi : la vie judiciaire dans l'ancienne France*, Paris, L'aventure humaine, Albin Michel, 1988, p. 48.

⁴⁴ B. BARBICHE, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne - XVI^e-XVIII^e siècle*, PUF, Quadrige, 2012, p. 336.

⁴⁵ G. LEYTE, « Les origines médiévales du ministère public », in J-M. CARBASSE, *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 23 – 54.

⁴⁶ J-M. CARBASSE, *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 10.

⁴⁷ J. FOYER, *Histoire de la justice*, Que sais-je, n° 137, PUF, 1996, p. 35.

⁴⁸ Étymologiquement, le terme de parquet trouve diverses origines ; soit il désigne un petit parc , étendue de terre fermée par des clôtures, terme dérivé pour désigner l'enclos judiciaire, le tribunal entier ou une partie soit il désigne le parquet en tant que revêtement de sol sur lequel se tient debout le parquetier. Ce n'est qu'à partir du XVIIIe siècle que le terme de parquet renvoie aux gens du roi spécifiquement ; in J-M. CARBASSE, *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 19 – 21.

⁴⁹ M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 62.

parquet est chargé de « défendre les intérêts du Roi et de la société »⁵⁰. Progressivement, ce corps va se structurer, se hiérarchiser, s'implanter. Les « gens du roi » feront partie intégrante des juridictions royales, tout en se tenant à « l'écart du siège des juges »⁵¹.

Ces deux corps de magistrats composent la magistrature ordinaire, exerçant la justice ordinaire à l'orée du XVII^e siècle. Cette dichotomie naissante entre le siège et le parquet est l'origine de la définition classique des magistrats composant l'ordre judiciaire⁵².

Par l'instauration de la justice retenue et déléguée, il est mis en lumière « les essentielles caractéristiques du système français qui ont toujours uni pouvoir et justice »⁵³. Le roi, détenteur du pouvoir politique, est un roi justicier⁵⁴. Le pouvoir et la justice ne font qu'un en sa personne. La magistrature, qu'elle soit du siège ou du parquet, n'est que le prolongement du Roi. Elle ne dispose que d'une délégation.

Concomitamment à l'apogée de la monarchie absolue avec un roi justicier, une théorie va venir remettre en cause les fondements de la justice royale. Selon cette théorie, le pouvoir politique ne devrait pas cumuler son pouvoir avec d'autres. La séparation des pouvoirs visent à tarir la fontaine de justice qu'est le Roi. La justice ne devrait plus émaner de lui. Elle devrait exister par elle-même ou du moins ne plus être concentrée avec le pouvoir politique.

⁵⁰ B. BARBICHE, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne - XVI^e-XVIII^e siècle*, PUF, Quadrige, 2012, p. 337.

⁵¹ J-M. CARBASSE, *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 11.

⁵² G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2020, p. 627 – 628.

⁵³ J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 4^e éd., 2010, p. 35.

⁵⁴ A. LEBIGRE, *La justice du roi : la vie judiciaire dans l'ancienne France*, L'aventure humaine, Albin Michel, Paris, 1988, p. 29.

II. La séparation des pouvoirs : l'indépendance source de légitimité

Bien que jugée insuffisamment développée⁵⁵ par Aristote⁵⁶, il énonçait néanmoins, dès 330 av. J-C, l'existence de trois parties sans préjudice de la forme de gouvernement dans un État. Il distingue l'assemblée générale, le corps des magistrats et le corps judiciaire⁵⁷ ; préfigurant respectivement le pouvoir législatif, exécutif et judiciaire. Pour Aristote, le corps judiciaire s'apparente à une partie distincte des deux autres. Ces parties devant être entendues a posteriori comme un pouvoir au sens de la théorie de séparation des pouvoirs⁵⁸. D'autres philosophes ont également évoqué cette théorie de séparation des pouvoirs. Polybe, penseur grec en exil à Rome, théorise le principe de balance des pouvoirs reposant sur « l'idée d'équilibre et de contrôle mutuel des pouvoirs de l'État »⁵⁹. Saint Thomas d'Aquin faisait traverser ces théories à travers le Moyen Âge⁶⁰.

Ce principe va réellement prendre de l'ampleur par une plus profonde et complexe théorisation à partir du XVIIème siècle avec John Locke⁶¹ et Montesquieu⁶².

Pour John Locke, il existe bien trois pouvoirs distincts ; le pouvoir législatif, exécutif et confédératif. Ce pouvoir confédératif est celui du « droit de la guerre, de la paix, des ligues, des alliances, de tous les traités qui peuvent être faits »⁶³. Il ne fait pas référence au pouvoir judiciaire. Ce troisième pouvoir n'en serait pas réellement un, seulement un emprunt à

⁵⁵ E. FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, p. 9 et s.

⁵⁶ ARISTOTE, *La Politique ou la science des gouvernements*, trad. en français d'après le texte collationné sur les manuscrits et les éd. principales par J. Barthélemy-Saint-Hilaire, 1874, 545 p.

⁵⁷ « Dans tout État, il est trois parties, dont le législateur, s'il est sage, s'occupera, par-dessus tout, à bien régler les intérêts », *ibid.*, p. 341.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 356.

⁵⁹ S. ROLAND, « Les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2009/1, n° 29, p. 58.

⁶⁰ S. MILACIC, « De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoirs » : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », in A. PARIENTE (dir), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Actes de la journée d'études organisée le 22 avril 2005 à Agen par l'Association française de droit constitutionnel et le Centre d'études et de recherches comparatives sur les constitutions, les libertés et l'Etat (CERCCLÉ) de l'université Montesquieu-Bordeaux IV, 2007, p. 32.

⁶¹ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 1690, éd. rev. et corr. exactement, sur la dernière de Londres, Paris, Chez Calixte Volland- libraire, 1802, 362 p.

⁶² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Paris, Chez Mme Veuve Dabo, 1824, 564p.

⁶³ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 1690, Paris, éd. rev. et corr. exactement, sur la dernière de Londres, Chez Calixte Volland- libraire, 1802, p. 230.

l'exécutif dans les relations extérieures de l'État⁶⁴. Il prône une séparation sans évoquer le judiciaire.

Dans son célèbre chapitre « De la constitution d'Angleterre »⁶⁵, Montesquieu va aller plus loin et évoquer la « puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil » appelée puissance de juger aux côtés de la puissance exécutrice de l'État et législative. Il estime que « si [la puissance de juger] était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur »⁶⁶. Il préconise des juges tirés du peuple estimant que la puissance de juger doit être « invisible et nulle »⁶⁷, elle n'est que la bouche de la loi. La séparation des pouvoirs peut revêtir diverses formes ; tantôt souple, tantôt rigide selon la forme constitutionnelle adoptée⁶⁸. La doctrine s'est penchée sur ces questions complexes, sur cette séparation des pouvoirs, son sens et ses nombreuses implications constitutionnelles voire philosophiques. Le pouvoir peut signifier à la fois la fonction en elle-même et l'organe qui en est chargé. Ainsi, la séparation des pouvoirs suppose qu'ils soient divisés et répartis entre différents organes auxquels sont attribuées des fonctions spécifiques. La séparation des pouvoirs nécessitent donc une séparation organique et fonctionnelle qui peut osciller entre une stricte séparation et une collaboration des pouvoirs⁶⁹.

La théorie de Montesquieu engendre un principe négatif et positif de la séparation des pouvoirs. « La thèse négative dispose qu'il ne faut pas que tous les pouvoirs soient réunis dans les mêmes mains mais répartis entre plusieurs [...] et une thèse positive estimant qu'il faut que le pouvoir arrête le pouvoir »⁷⁰.

⁶⁴ E. FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, p. 165 – 166.

⁶⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L.XI, Chap.VI, 1748, Paris, Chez Mme Veuve Dabo, 1824, p. 305 – 327.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 306.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 309.

⁶⁸ « Le régime dit parlementaire est un régime de « collaboration » ou encore de séparation souple des pouvoirs, une sorte d'entrelacement des corps, tandis que le régime qualifié de présidentiel est un régime de séparation rigide des pouvoirs », J-P. FELDMAN, « *La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques* », *RFDC*, n°3, 2010, p. 484.

⁶⁹ V. par ex. ; R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T.1, Paris, Sirey, 1920, 880 p. ; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, T. XLVIII, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973, 251 p. ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 358 p., C. EINSEINMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles Leben, Paris, 2002, éd. Panthéon-Assas, 668p. , E. FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, p. 625 p., L. ALTHUSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1964, 128 p. ; C. MATHIEU, *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Université Montpellier, 2015, 547 p.

⁷⁰ M. TROPER, « À quoi sert la séparation des pouvoirs ? Le point de vue de la théorie du droit », *Titre VII*, n°3, novembre 2019, p. 8.

Pour que ces deux thèses s'articulent entre elles et produisent l'effet attendu, la séparation des pouvoirs présuppose deux règles ; la spécialisation et l'indépendance des pouvoirs⁷¹. L'indépendance pouvant se rattacher plus à la notion d'organe et la spécialisation à celle de fonction⁷². La spécialisation consiste à confier une fonction déterminée à un pouvoir entendu comme organe⁷³, qui lui seul pourra et devra exercer. Ainsi, la séparation des pouvoirs suppose une distribution des fonctions. Une fois les pouvoirs attribués, ils doivent agir indépendamment les uns des autres. L'indépendance est le terme le plus intéressant de ce duo ; à l'aune de la relation entre la justice et le pouvoir politique. Il est celui qui interroge le plus ; en opposition à la symbiose justice et pouvoir.

Jusqu'ici, ils ne faisaient qu'un, cette règle n'avait pas de raison d'être. Si tant est que la spécialisation de la fonction de justice pouvait être déjà observée d'une certaine manière, à travers la pratique de la justice déléguée ou le Conseil du Roi ; en tant que juridictions spécialisées de justice, l'indépendance de ses juridictions ne se pose pas. Seul le Roi est source de justice, on la rend pour lui et par lui.

Désormais, leur relation, forcément nouvelle, devra être régie par ce nouveau principe. Cette notion peut se définir simplement comme le fait « de ne rien à attendre ou à redouter de personne »⁷⁴. La relation entre le pouvoir politique et la magistrature, qui se saisit de la fonction judiciaire doit être gouvernée par l'indépendance ; la magistrature n'a rien à attendre ou à craindre du pouvoir politique. Cette théorie est l'opposée du « Roi Fontaine de justice » déléguant son pouvoir à des juges. Jusqu'ici, la magistrature attendait tout et craignait tout du Roi. Elle n'agissait que par sa délégation et craignait sa justice retenue lui permettant de juger à leur place. Cette indépendance est induite par la séparation des pouvoirs et doit être maintenue pour son bon fonctionnement. La dépendance d'un pouvoir à l'autre nie une telle séparation et

⁷¹ « Pour ce faire, la nécessité de diviser le pouvoir, par les deux règles bien connues de spécialisation et d'indépendance, s'impose », M. TOUZEIL-DIVINA, « Printemps et Révolutions arabes », in « La séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, n°143, Novembre 2012, p. 31. ; à propos de ces règles, leurs sens et potentielles difficultés pouvant en découler, V. à ce sujet : C. EINSEINMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles Leben, Paris, 2002, éd. Panthéon-Assas, p. 565 -582 sur « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs ».

⁷² G. Von. HIPPEL, *La séparation des pouvoirs dans les communautés européennes*, thèse, Univ. Nancy, 1965, p. 2.

⁷³ « Il doit y avoir autant d'autorités ou organes de l'État que de fonctions et chaque autorité doit être spécialisée dans l'une des fonctions, c'est-à-dire exercer une fonction et l'exercer seule, ne participer en rien à l'exercice des autres fonctions », M. TROPER, « Séparation des pouvoirs », dans *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpilhac-Augier, ENS de Lyon, septembre 2013.

⁷⁴ L. CADIET, *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 622.

ne saurait être acceptée. Cette indépendance est particulièrement importante pour la magistrature⁷⁵.

Dans le cadre de notre étude, nous nous focaliserons sur la place de cette puissance judiciaire au sein de cette théorie et de sa relation particulière avec le pouvoir exécutif. Plus pragmatiquement, la séparation des pouvoirs libère théoriquement la puissance judiciaire du pouvoir exécutif. Ils sont désormais deux, et non plus qu'un seul. C'est un bouleversement majeur. Du fait qu'ils soient deux, la question de leur rapport se pose. Par cette théorie, le Roi justicier n'a plus lieu d'être ; sauf à être l'œuvre d'un régime despotique⁷⁶. Elle doit se distinguer de ce dernier. L'indépendance du pouvoir judiciaire est une garantie de liberté pour Montesquieu⁷⁷.

La justice fait partie des trois puissances pour Montesquieu mais se retrouve différente malgré tous des deux autres ; elle demeure particulière. Si l'exécutif et le législatif sont des pouvoirs sans que le moindre doute soit soulevé, le judiciaire ne dispose pas de la même plénitude. Le principe positif du « pouvoir qui arrête le pouvoir » ne s'applique pas pour la puissance judiciaire⁷⁸. L'exécutif et le législatif ne seraient pas totalement indépendant « l'un ayant la faculté d'empêcher et l'autre la faculté d'examiner »⁷⁹. Le judiciaire est évincé de ce duo ; il n'est pas pensé pour arrêter ou être arrêté par l'un des autres pouvoirs. Une hiérarchisation des pouvoirs peut également être avancée pour expliquer la place si particulière de la justice. Le pouvoir judiciaire procède des pouvoirs législatif et exécutif⁸⁰. Son intervention se fait dans un second temps. Elle est en décalage, en bout de ligne. La théorie de la balance des pouvoirs aussi

⁷⁵ « Enfin, la fonction de trancher les litiges nés de l'application de la loi et de sanctionner les infractions pénales – pouvoir judiciaire – incombe à des cours et à des tribunaux dont l'indépendance doit être la première qualité », P. GAUDEMET, « La séparation des pouvoirs, Mythe et réalité », *D.*, 1961, Chronique XXIII, p. 121.

⁷⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L.XI, Chap.VI, 1748, Paris, Chez Mme Veuve Dabo, 1824, p. 307.

⁷⁷ F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 10.

⁷⁸ « Il ne pouvait être question, selon [Charles Einsenmann] que du pouvoir législatif et de l'exécutif [...] sur leur équilibre qui formait ainsi un ensemble », J-J. GRANPRE-MOLIERE, *La théorie de la constitution anglaise chez Montesquieu*, thèse, Publications historiques de l'Université de Leyde, 1972, p. 278.

⁷⁹ C. SEIGNOBOS, « La séparation des pouvoirs », *La Revue de Paris*, 15 février 1895, p. 713.

⁸⁰ « Pour Montesquieu, « l'État peut intervenir d'abord en édictant des règles, puis en appliquant ces règles » précisons, à l'occasion de différends entre particuliers (fonction judiciaire) ou en exécution des résolutions publiques (fonction exécutive *stricto sensu*). Deuxième étape, et seconde proposition de la doctrine de Montesquieu, ces fonctions sont hiérarchisées entre elles, elles ne sont pas sur un pied d'égalité. La fonction législative est nécessairement supérieure aux fonctions exécutive et judiciaire parce qu'existe entre la première et les secondes un rapport de conditionnalité », S. ROLAND, « les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2009/1, n° 29, p. 5 – 6.

énoncée par Montesquieu ne concerne que l'exécutif et le législatif, seuls chargés des deux fonctions politiques : légiférer et exécuter la loi⁸¹. Le judiciaire semble une nouvelle fois exclu.

Montesquieu lui-même évoquait une puissance nulle, invisible qui ne devrait pas être exercée par un corps permanent à la différence des deux autres. Il évoque dans un autre chapitre⁸² des pouvoirs intermédiaires⁸³ distinguant la monarchie anglaise d'un régime despotique. Ces corps intermédiaires sont les parlements en France, « qui, d'un côté, en imposent par leur permanence aux grands et aux conseils du Prince eux-mêmes » et, de l'autre, ont « un assez haut degré de la connaissance du peuple »⁸⁴. Montesquieu redoute cette permanence pour la justice, craignant des juridictions despotiques. Il milite pour cette raison pour des juges occasionnels⁸⁵, un jury⁸⁶. Des juridictions permanentes « subordonnées et dépendantes »⁸⁷ sont antinomiques d'une séparation des pouvoirs exécutifs et judiciaires. La puissance judiciaire dans les mains d'un « État ou d'un groupe déterminé de la population devient effrayante »⁸⁸. A contrario, l'exercice par l'État ou un groupe déterminé des puissances exécutives ou législatives ne sont pas effrayantes ; ils peuvent s'arrêter entre eux.

S'il est certain que le pouvoir exécutif doit être dépouillé de la puissance judiciaire, au nom de la séparation des pouvoirs ; cette dernière demeure instable, à part. Si la séparation théorique fonctionnelle des pouvoirs au profit de la magistrature est acquise, la séparation organique n'est pas aussi affirmée. La doctrine s'oppose sur la nature de l'organe chargé de la fonction judiciaire. Elle est réticente à la considérer comme un pouvoir. Dès lors, elle ne bénéficie pas de l'indépendance attachée à cet état. Elle devient un pouvoir intermédiaire selon l'expression de Montesquieu. Elle est une simple autorité, subordonnée et dépendante, rattachée à un autre pouvoir ; le pouvoir politique détenu par le pouvoir exécutif.

⁸¹ M. BARBERIS, « le futur passé de la séparation des pouvoirs », in « La séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, n°143, novembre 2012, p. 6.

⁸² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L.II, Chap. IV, 1748, Paris, Chez Mme Veuve Dabo, 1824, p. 30 et s.

⁸³ « Les pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendants, constituent la nature du gouvernement monarchique. Ces lois fondamentales supposent nécessairement des canaux moyens par où coule la puissance : car, s'il n'y a dans l'état que la volonté momentanée et capricieuse d'un seul, rien ne peut être fixe; et par conséquent aucune loi fondamentale », *ibid.*

⁸⁴ G. BACOT, « Montesquieu et la question de la nature monarchique de la constitution anglaise », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2007/1, n°25, p. 6.

⁸⁵ J-L. COSTA, « Nécessité, conditions et limites d'un pouvoir judiciaire en France », *Revue française de science politique*, 10^e année, n°2, 1960, p. 263.

⁸⁶ J-J. GRANPRE-MOLIERE, *La théorie de la constitution anglaise chez Montesquieu*, thèse, Publications historiques de l'Université de Leyde, 1972, p. 279 et s.

⁸⁷ MONTESQUIEU, *op cit.*, p. 30.

⁸⁸ J-J. GRANPRE-MOLIERE, *La théorie de la constitution anglaise chez Montesquieu*, thèse, Publications historiques de l'Université de Leyde, 1972, p. 280.

Opposée à l'indivisibilité prônée par Thomas Hobbes ou Jean-Jacques Rousseau par exemple⁸⁹, la séparation des pouvoirs est une théorie incontournable. Elle est au cœur de la Déclaration de 1789⁹⁰, elle s'applique dans toutes les formes constitutionnelles modérées de gouvernements de France et à l'étranger. La séparation des pouvoirs est un principe d'ampleur⁹¹ reconnu⁹² au niveau européen. Elle concède néanmoins aux États une certaine marge de manœuvre pour adapter ce principe. Ses modalités ne sauraient être uniques. Le principe s'applique partout mais peut revêtir des formes plus ou moins différentes dans ses contours⁹³. Les États-Unis d'Amérique ont, quant à eux, adopté la doctrine des « checks and balances » ; une version adaptée au fédéralisme américain de la séparation des pouvoirs où chacun des trois pouvoirs disposent de contrepoids contre les deux autres⁹⁴. Elle trouve même une application dans des formes supra-étatiques comme l'Union européenne⁹⁵, dès ses origines⁹⁶. Elle peut être discutée, adaptée à des exigences modernes ; elle est malgré tout incontournable et irrigue la conception de l'État de droit et de ses garanties.

⁸⁹ Ils réfutent l'idée de la séparation des pouvoirs et se rejoignent sur l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté ; V. à ce sujet ; E. FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, p. 605 et s.

⁹⁰ « Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution », Art. 16., Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

⁹¹ « Le rôle que le ministre continue de jouer dans la fixation de la période punitive et dans la décision de libérer un détenu au terme de cette période s'avère toujours plus difficile à concilier avec la notion de séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, une notion qui a pris une importance grandissante dans la jurisprudence de la Cour », CEDH, 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, n°46295/99, §78. ; CEDH, *L'autorité du pouvoir judiciaire*, Séminaire judiciaire 2018, Conseil de l'Europe, 26 p.

⁹² « Eu égard à la diversité des systèmes juridiques, des situations constitutionnelles et des conceptions de la séparation des pouvoirs », Recommandation CM/Rec(2010)12, Comité des ministres aux États membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, adoptée par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010, lors de la 1098^e réunion des Délégués des Ministres, Conseil de l'Europe ; « Il est généralement admis que le principe de la séparation des pouvoirs devrait être à la base de tout État moderne démocratique.. Le pouvoir judiciaire est l'un des trois piliers essentiels de l'État démocratique moderne, et il a la même valeur que les deux autres pouvoirs. Ces trois pouvoirs fournissent un service public et doivent se rendre mutuellement compte de leurs actions », Avis n° 18 (2015) du Conseil consultatif des juges européens, « La place du système judiciaire et ses relations avec les autres pouvoirs de l'État dans une démocratie moderne », Conseil de l'Europe, Londres, le 16 octobre 2015, 21 p. ; « La justice doit être indépendante. L'indépendance signifie qu'elle n'est soumise à aucune pression extérieure ni à aucune influence ou manipulation politique, surtout émanant de l'exécutif. Cette exigence fait partie intégrante du principe démocratique fondamental de la séparation des pouvoirs. Le juge doit échapper à toute influence ou manipulation politique », Commission de Venise, liste des critères de l'État de droit, adoptée par la Commission de Venise à sa 106^e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016), entérinée par les Délégués des Ministres lors de leur 1263^e réunion (6-7 septembre 2016), entérinée par le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe à sa 31^e session (19-21 octobre 2016), Strasbourg, 18 mars 2016, p. 20.

⁹³ V. par ex. : T. GEORGOPOULOS., *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 44, 2005, 658 p.

⁹⁴ V. par ex. : J. BOUDON, « La séparation des pouvoirs aux États-Unis », in « La séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, n°143, novembre 2012, p. 113-123.

⁹⁵ N. ROJAS-HUTINEL, *La séparation du pouvoir dans l'Union européenne*, thèse de doctorat, Mare & Martin droit public, Paris, 2017, 441p.

⁹⁶ G. Von. HIPPEL, *La séparation des pouvoirs dans les communautés européennes*, thèse, Univ. Nancy, 1965, 128 p.

Pour en revenir à la puissance judiciaire, sa qualification de pouvoir n'est pas aussi aisée que pour l'exécutif ou le législatif qui ne pose pas de difficulté en soi. L'attribution du terme de pouvoir pour la fonction judiciaire porte à débat. À partir du XIX^{ème} siècle, des éminents juristes tels que Maurice Hauriou⁹⁷, Léon Duguit⁹⁸, Raymond Carré de Malberg⁹⁹ ou Antoine Saint-Girons¹⁰⁰, pour ne citer qu'eux, se sont interrogés sur cette question qui découle de la théorie de la séparation des pouvoirs ; à savoir si la magistrature était un pouvoir ou une autorité. Descendants étymologiques directs des notions romaines de potestas et d'auctoritas¹⁰¹, elles fondent une dichotomie dépassant la seule sémantique.

Une partie de cette doctrine classique estime que la fonction judiciaire ne peut pas être un troisième pouvoir au même titre que l'exécutif ou le législatif. Sans ambages, Saint-Girons nomme le livre premier de son essai « les deux pouvoirs » ; consacré au pouvoir législatif et exécutif. Il traite de leur organisation, de leur fonctionnement, de leur rapport, de leur moyen d'actions l'un contre l'autre¹⁰². Dans le livre deuxième nommé « les deux autorités », il traite dans un chapitre 2 de l'autorité judiciaire¹⁰³. Pour lui, elle n'est qu'une autorité car elle « consacre énergiquement la loi, qui la fasse respecter, qui en impose de force l'exécution aux citoyens. Sans doute les juges n'ont pas des agents directs, leur appartenant exclusivement : ils les empruntent presque tous au gouvernement »¹⁰⁴. Comme elle ne crée pas la loi, elle ne peut que l'exécuter ; et donc être le prolongement de l'exécutif. Néanmoins, bien qu'il expose que la puissance judiciaire est une branche de l'exécutif, son indépendance est considérée comme essentielle dans le même temps¹⁰⁵. Pour Duguit, la fonction judiciaire n'est pas un pouvoir, il n'est qu'une branche de l'exécutif mais « certaines garanties doivent être établies pour assurer

⁹⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, L. Larose et Forcel, 1893, 759 p.

⁹⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. I et II, Paris, 1921, 620 p. et 730 p. ; L. DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », Paris, *Revue d'économie politique*, T. VII, février, avril et juin 1893, p. 99-132, 336-372, 567-575.

⁹⁹ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T.1 Sirey, Paris, 1920, 880p.

¹⁰⁰ A. SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881, 584 p.

¹⁰¹ Le potestas signifie la capacité, le pouvoir de faire. L'auctoritas peut se définir de manière contradictoire comme un principe « d'obéissance ou de soumission comme aussi bien à un principe de libération ou de refondation », P. ARDI, « Sémantique de l'autorité (quelques remarques) », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 2002/4, n° 50, p. 15 – 22.

¹⁰² A. SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881, p.135 – 379.

¹⁰³ *Ibid*, p. 441 et s.

¹⁰⁴ *Ibid*.

¹⁰⁵ « L'indépendance de l'autorité judiciaire ne doit pas faire fermer les yeux sur son caractère essentiellement exécutif », *ibid.*, p. 278.

l'indépendance de ses membres à l'égard du pouvoir exécutif »¹⁰⁶. Ce « prétendu pouvoir judiciaire »¹⁰⁷ ne peut pas en être un ; « mais l'ordre judiciaire ne constitue pas un pouvoir; l'ordre judiciaire est un agent d'exécution subordonné au pouvoir exécutif »¹⁰⁸. Il assure qu'il n'est pas un élément dissociable de la souveraineté tout en assurant qu'elle est une fonction distincte nécessitant une indépendance¹⁰⁹. Pour Henrion de Pansey, le pouvoir exécutif se divise en trois branches ; celle relative à la sûreté extérieure, à la sûreté intérieure et celle du droit civil, respectivement pouvoir exécutif, pouvoir administratif et autorité judiciaire¹¹⁰.

En revanche, une autre partie de cette doctrine portée par Carré de Malberg ou Hauriou estime que la fonction juridictionnelle incarne bien ce troisième pouvoir. Pour Hauriou, la théorie des trois pouvoirs est attaquée et doit être défendue. Il prend le parti de défendre celui qui semble le plus faible des trois, le judiciaire. « C'est un principe éminemment tutélaire, et justement celui des trois pouvoirs que l'on semble le plus disposé à sacrifier. Le pouvoir judiciaire, serait, « au contraire, celui que, dans une démocratie, on devrait fortifier avec le plus de soin »¹¹¹. Il relève la défiance à l'égard du pouvoir judiciaire¹¹² qui pourtant « a des attributions qui sont tout aussi fondamentales que celles du pouvoir exécutif »¹¹³. Dès lors, les rapports entre ces pouvoirs exigent « l'indépendance du pouvoir exécutif vis-à-vis du pouvoir judiciaire, mais aussi l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis de l'exécutif »¹¹⁴. Carré de Malberg évoque trois fonctions ; la fonction législative, administrative (entendue comme exécutive) et la fonction juridictionnelle. Il évoque les débats doctrinaux sur la nature du judiciaire, à savoir si elle doit être distincte ou non des deux autres¹¹⁵. Pour lui, la fonction juridictionnelle n'est pas une « tâche subalterne d'ordre exécutif ; elle n'est pas que l'application de la loi »¹¹⁶. L'interprétation de la loi par le juge, en dehors des cas réglés par la loi, en fait « quelque chose

¹⁰⁶ L. DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », Paris, *Revue d'économie politique*, T. VII, février, avril et juin 1893, p. 570.

¹⁰⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, Paris, 1921, p. 686 et s.

¹⁰⁸ L. DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », Paris, *Revue d'économie politique*, T. VII, février, avril et juin 1893, p. 571.

¹⁰⁹ « Sans doute, la fonction de juger est une fonction tout à fait distincte de la fonction législative; de la fonction exécutive et de la fonction administrative. Je crois l'avoir démontré aux paragraphes 28 à 31. J'admets même que l'inamovibilité de la magistrature assure une indépendance suffisante aux magistrats. Tout cela ne prouve pas qu'il y ait un pouvoir judiciaire autonome » *Ibid.*, p. 687.

¹¹⁰ P-P-N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, T. Barrois père, 1818, p. 118.

¹¹¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, L. Larose et Forcel, 1893, p. 16.

¹¹² *Ibid.*, p. 683.

¹¹³ *Ibid.*, p. 688.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 690.

¹¹⁵ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T.1, Paris, Sirey, 1920, p. 691.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 702.

de plus qu'un simple pouvoir d'exécution »¹¹⁷. Pour Carré de Malberg, ce quelque chose de plus fait basculer la nature de la fonction juridictionnelle ; elle « doit être considérée comme une manifestation principale, et essentiellement distincte, de la puissance d'État [...], être envisagée comme un troisième pouvoir »¹¹⁸. Distinguée de la fonction administrative, « l'autorité juridictionnelle a reçu une constitution organique qui fait d'elle une autorité indépendante [...] érigée en un pouvoir distinct, une troisième fonction de la puissance d'État »¹¹⁹.

Cette opposition, doctrinale démarrée au XIX^{ème} siècle, s'est d'abord retrouvée au sein de la Constituante. Cette dernière s'est posée les mêmes questions et utilise des arguments similaires ; pour déterminer, in fine, si la fonction juridictionnelle devrait être un pouvoir ou une autorité¹²⁰. La théorie de la séparation des pouvoirs et la vision de la fonction judiciaire sont au cœur des discussions. Ces réflexions conditionneront la magistrature nouvelle, et non sans conséquence sur la suite. Un échange résume l'opposition doctrinale qui suivra au XIX^{ème} siècle. Tandis que Mirabeau souhaite examiner cette théorie des trois pouvoirs avec un pouvoir judiciaire distinct de l'exécutif ; Mounier rétorque que le pouvoir judiciaire n'est qu'une émanation du pouvoir exécutif qui va le mettre en activité et le surveiller constamment tout en garantissant leur indépendance par l'inamovibilité¹²¹. Sous le patronage de la séparation des pouvoirs, certains estimaient que « la puissance exécutive ne peut et ne doit avoir aucune action sur l'ordre judiciaire, l'ordre judiciaire ne peut avoir non plus sur le pouvoir exécutif aucune action »¹²² ; tout en redoutant les empiètements de la puissance judiciaire sur les corps administratifs, engendrant par la suite la séparation des ordres judiciaires et administratifs¹²³. À la suite de cette opposition sur la nature de la puissance, « les hommes de 1789-91 se sont trompés en faisant un pouvoir indépendant de l'ordre judiciaire, qui n'est qu'une branche du

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 705.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 749.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 811.

¹²⁰ V. à ce sujet, L. DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », Paris, *Revue d'économie politique*, T. VII, février, avril et juin 1893, p. 99-132, 336-372, 567-575.

¹²¹ Arch Parl., 1^{ère} série, T. VIII, p. 243 et 409 ; in. L. DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », Paris, *Revue d'économie politique*, T. VII, février, avril et juin 1893, p. 571

¹²² *Ibid.*, p. 601.

¹²³ « 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 du corps administratif ni citer devant eux les administrateurs en raison de leurs fonctions. », Art. 13, Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, *Duvergier*, T.1, p. 310 et s.

pouvoir exécutif »¹²⁴. Cependant, cette appellation est un « mot creux »¹²⁵, pour encore plus marginaliser ce pouvoir en trompe l'œil par la suite¹²⁶. Au-delà de la sémantique, la Constituante comme la doctrine se sont accordées pour considérer la fonction judiciaire comme une autorité, la liant ainsi au pouvoir exécutif. L'abandon théorique de la notion de troisième pouvoir¹²⁷ emporte la conséquence majeure de placer la fonction juridictionnelle sous la dépendance du pouvoir exécutif, ne devenant alors qu'une autorité.

La légitimité, ce qui rend légitime se rapproche « de ce qui fonde quelque chose, quand elle est en conformité à une norme supérieure juridique ou éthique et ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution »¹²⁸. Elle est le « caractère de ce qui est fondé en droit ou de ce qui est conforme à l'équité, à la raison, aux règles établies, à la tradition »¹²⁹. Que ce soit Montesquieu, les débats à la Constituante, les détracteurs ou les partisans doctrinaux d'un pouvoir judiciaire ; tous se retrouvent sur un point. Ils font tous référence à l'importance de l'indépendance de l'organe chargé d'exercer la fonction juridictionnelle, qualifié de pouvoir ou d'autorité. Dépassant les clivages et oppositions les plus virulentes sur un sujet aussi majeur, elle revêt dès lors une importance capitale. Elle est l'une des deux règles permettant le fonctionnement de l'une plus grande théorie philosophique et constitutionnelle. Si la légitimité du juge, de la puissance judiciaire peut être institutionnelle ou fonctionnelle ; par élection ou la Constitution, par l'application du droit ou sa méthode¹³⁰ ; son indépendance est immanquablement un marqueur incontournable de sa légitimité. Plus précisément, l'indépendance du pouvoir politique à travers le pouvoir exécutif dont il n'est finalement considéré que comme une branche. La filiation, entre légitimité et indépendance, ne peut être qu'établie. L'étude de la recherche de la légitimité sera en réalité l'étude de la recherche de l'indépendance

¹²⁴ L. DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, T. VII, février, avril et juin 1893, p. 567.

¹²⁵ « En faisant du terme « pouvoir » appliqué au judiciaire un mot creux, alors que chez leur inspirateur Montesquieu il a le sens plein d'une prérogative d'État quasiment égale à l'exécutif et au législatif », J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France du XVIIIème siècle à nos jours*, PUF, Paris, 5^e édition, 2016, p. 254.

¹²⁶ F.HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 15.

¹²⁷ R. CHARVIN, *Justice et politique*, LGDJ, 1968, p. 175 et s.

¹²⁸ G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2020, p. 601.

¹²⁹ Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} édition.

¹³⁰ L. CADIET., *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 815 – 820.

III. Une relation par essence complexe au cœur d'enjeux fondamentaux : la naissance d'un paradoxe

La théorie de la séparation des pouvoirs a mis en lumière l'importance d'une justice séparée du pouvoir politique. La Constituante n'a pas donné à la fonction juridictionnelle les armes nécessaires pour devenir et demeurer un pouvoir de manière pérenne, malgré l'appellation. Elle ne deviendra qu'une branche du pouvoir exécutif à charge de lui garantir son indépendance. Ce choix originel et ses implications ultérieures ne sont pas sans conséquences. Elle crée un paradoxe dans lequel se retrouve enfermée encore la magistrature à son détriment. Ce paradoxe prend sa source dans une contradiction. La magistrature est déchirée entre ce qu'elle est et ce qu'elle devrait être ; entre ce à quoi elle est cantonnée et ce à quoi elle aspire. Les premiers membres de cette contradiction sont au cœur de notre étude. La relation entre le pouvoir politique et la magistrature est une histoire tourmentée.

Faire de la magistrature une autorité, une simple branche du pouvoir exécutif est une réaction aux puissants Parlements d'Ancien Régime. Un retour plus en détail sur ces Parlements permet de comprendre, sans justifier, la décision prise par la Constituante. Ces juridictions, au sommet de la hiérarchie judiciaire, sont les prémisses d'un pouvoir. Elles développent les caractéristiques d'une magistrature très puissante mais sans en avoir le nom. Structurées en plusieurs chambres¹³¹, elles sont composées d'un nombre de magistrats relativement important¹³². Par l'instauration, précédemment refusée par le pouvoir, de la patrimonialité des offices par François Ier au XVI^e siècle et transmissible depuis 1567¹³³, la magistrature va nécessairement se transformer. Sous l'impulsion des grandes familles de noblesse de robe rendue possible par cette patrimonialité¹³⁴, les Parlements, entre autre, se soudent. Les magistrats développent des carrières longues au sein de ces juridictions et un esprit de corps

¹³¹ Ces chambres sont la « Grand 'chambre » qui rend les arrêts, la chambre des enquêtes chargée de l'instruction et la chambre des requêtes chargée de la recevabilité, J. FOYER, *Histoire de la justice*, Que sais-je, n° 137, PUF, 1996, p. 29. Une quatrième appelée « tournelle criminelle », constituant ainsi la chambre criminelle composés à tour de rôle des membres des autres chambres en charge des infractions pénales les plus graves ; B.BARBICHE, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne - XVI^e-XVIII^e siècle*, PUF, Quadrige, 2012, p. 343.

¹³² 1100 magistrats à l'apogée des treize Parlements, M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 55.

¹³³ B. SUR, *Histoire des mille ans de la justice française*, Litec, Carré droit, 2003, p. 15.

¹³⁴ V. à ce sujet, M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 259 – 325. Il consacre un chapitre 2 entier sur la question du recrutement familial et des grandes familles de magistrats.

marqué¹³⁵. Ces juridictions accèdent à un niveau de prestige¹³⁶, de puissance¹³⁷ jusqu'ici étouffé par la justice retenue du Roi. Elle était le principe, la justice déléguée n'étant qu'une exception. Elles n'avaient pas vocation à atteindre une telle puissance, seulement récipiendaire d'une délégation.

Ces juridictions souveraines avaient acquis une telle force que les Parlements sont entrés en conflits avec le Roi à l'aune de l'exercice de ses prérogatives ou de leur refus; l'enregistrement des lettres patentes du Roi et les remontrances adressées à ce dernier, avis de ses juridictions sur ces lettres¹³⁸. Un conflit se met en marche dès le XV^{ème} siècle. Il aboutit à une opposition systématique en 1715, signe de la revanche d'une précédente bataille remportée par le Roi. Elle met en lumière les prétentions politiques des parlements¹³⁹. Elle aboutît à une situation extrême où les parlements ne reconnaissent plus la légalité des lettres de cachets ou suspendent leur service et où le Roi peut exiler, par ses mêmes lettres, des parlements entiers ou les faire enregistrer usant de son autorité absolue¹⁴⁰. Les Parlements refusent par son opposition politique de mettre en application les lois du roi, l'obligeant à les faire appliquer de force.

Derrière les conflits, on distingue les prémisses d'un pouvoir avec les caractéristiques dégagées par Montesquieu ; notamment sur l'indépendance organique. Pragmatiquement, on peut difficilement être en conflit avec soi-même ou son émanation directe. Le maintien d'un rapport conflictuel suppose un certain degré d'indépendance, les prémisses d'une séparation d'entre magistrature et pouvoir politique. Séparation jusqu'ici totalement impensable, puisque justice et pouvoir ne faisaient qu'un. Le peu de liberté concédée aux parlements par la vénalité des offices et ses garanties ont permis l'émergence d'une forme précoce d'indépendance, permettant à la magistrature de s'opposer à un pouvoir duquel il procède.

La dichotomie manichéenne pouvoir ou autorité se caractérise principalement par l'indépendance ou la dépendance. Elle en est une composante incontournable. Elle traduit une relation tiraillée entre ces deux opposés. Derrière la sémantique se cache une aspiration d'indépendance traduisant la volonté de devenir un pouvoir. L'opposition politique au Roi et

¹³⁵ B. GARNOT, *La justice en France de l'an mil à 1914*, Nathan Université, 1993, p. 71 – 72.

¹³⁶ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, T. 1, 1957, Plon, p. 78 et s.

¹³⁷ B. GARNOT, *La justice en France de l'an mil à 1914*, Nathan Université, 1993, p. 73 et s.

¹³⁸ F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, éd. Domat Montchrestien, Deuxième tirage, 1951, p. 541 – 543.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 547.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 551.

leurs velléités à ce sujet en est une preuve éclatante. La magistrature veut devenir un pouvoir égal au Roi.

À priori et par ses principes, il ne semble pas exister terreau aussi infertile que la justice de l'Ancien régime pour l'indépendance; et pourtant, elle s'est frayée un chemin pour permettre à la magistrature de le devenir. Par une manière d'opposition et dans les circonstances d'une justice très particulière sous l'absolutisme royal, la magistrature a connu une sorte d'indépendance. Elle s'est transformée en contre-pouvoir par l'opposition, soit un pouvoir en définitive. Elle avait la puissance pour s'opposer au pouvoir politique ; dont elle faisait pourtant partie intégrante. Avant même la Révolution, la première et plus notable charge contre les Parlements est l'œuvre du Chancelier Maupeou en 1770. L'objectif est clair ; « briser l'opposition politique des parlements par la suppression de la vénalité des offices, tout en maintenant l'inamovibilité, garantie essentielle d'indépendance des juges »¹⁴¹. C'est sa première chute¹⁴². Le conflit entre le judiciaire et le Roi conduisit à la mort de l'Ancien Régime « malade de ses parlements » et de son rôle dans l'opposition politique¹⁴³.

La puissance des Parlements est en grande partie la raison de la vive opposition de la Constituante malgré le qualificatif de pouvoir judiciaire. La destruction de la justice de l'Ancien Régime par la suppression de la vénalité des offices et l'instauration de l'élection des juges¹⁴⁴ accouche d'un pouvoir judiciaire qui n'en a que le nom. Cette position est intenable dans la durée. Il ne peut alors que devenir une autorité, entraînant donc une dépendance au pouvoir politique à court terme. On garde la sémantique tout en détruisant son sens, ses implications, ses garanties. En détruisant le pouvoir, on détruit l'indépendant. Par effet de balancier, on ouvre la porte à l'autorité, à la dépendance. En rendant impossible tout pouvoir judiciaire, la Constituante évite ce « qui aurait pu être un danger pour l'ordre politique nouveau, comme il l'avait été pour l'ancien »¹⁴⁵.

Au-delà la période Révolutionnaire, on refuse à la magistrature d'être un pouvoir car on la craint toujours. L'expression « gouvernement des juges », symbole de cette peur, apparaît pour la

¹⁴¹ F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, éd. Domat Montchrestien, Deuxième tirage, 1951, p. 560.

¹⁴² B. SUR, *Histoire des mille ans de la justice française*, Carré droit, Litec, 2003, p. 49 – 51.

¹⁴³ J. POUMARÈDE, « Le roi, ses « gens » et ses juges : la place du parquet dans l'opposition parlementaire à la fin de l'Ancien Régime », J-M. CARBASSE, *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 205 et s.

¹⁴⁴ J. FOYER, *Histoire de la justice*, Que sais-je, n° 137, PUF, 1996, p. 56.

¹⁴⁵ B. GARNOT, *Histoire de la justice, France, XVIe-XXIe siècle*, Paris, Folio Histoire n° 173, Gallimard, 2009, p. 549.

première fois¹⁴⁶ dans un ouvrage de 1921¹⁴⁷. Si un parlementarisme absolu et un régime dictatorial moniste ont pu voir le jour en France, aucun gouvernement des juges n'est à signaler¹⁴⁸ ; autre preuve de la spécificité du pouvoir judiciaire, déjà dégagée par Montesquieu, par rapport aux deux autres. Ce concept complexe, pouvant revêtir plusieurs facettes¹⁴⁹, comporte en son sein un a priori péjoratif, renvoyant à une toute puissance des juges sur les autres pouvoirs¹⁵⁰. Il fait s'opposer deux termes ; gouverner et juger, concepts déjà complexes en eux-mêmes¹⁵¹. S'il est créateur de droit, il n'est pas législateur¹⁵². Puisque gouverner suppose l'édiction et l'application des lois par une légitimité démocratique, juger suppose de trancher des litiges par l'application de règles édictées par des juges nommés mais indépendants ; ils « constituent des fonctions qui s'excluent mutuellement dans un régime démocratique »¹⁵³. Ce concept théorique « a été rendue difficile sinon impossible » à s'épanouir¹⁵⁴. Il est en réalité « absurde »¹⁵⁵. Il interroge néanmoins sur la place de la magistrature¹⁵⁶.

¹⁴⁶ M. TROPER, O. PFERSMANN, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges », S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING, *Gouvernement des juges et démocratie / séminaire international organisé par Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling* ; sous le parrainage de Françoise Dreyfus, Jean Gicquel et Didier Maus, 13 novembre 1998-28 mai 1999 ; Centre de recherche de droit constitutionnel, Centre d'analyse comparative des systèmes politiques, 2001, p. 21.

¹⁴⁷ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. préf. F. MODERNE, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.

¹⁴⁸ « La « séparation des pouvoirs à la française » a donc pris la forme soit du régime d'assemblée, c'est-à-dire de la domination du Corps législatif (ce qu'un juriste français, Carré de Malberg, appelait le « parlementarisme absolu »), soit d'un monisme de type dictatorial, à prépondérance de l'Exécutif, faisant du Parlement un simple instrument de légitimation de l'activité gouvernementale. Mais à aucun moment, la France n'est devenue une « République des juges » ; à aucun moment, l'idée d'un pouvoir juridictionnel n'a pu s'affirmer », T. RENOUX, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », *D.*, 1991, p. 169.

¹⁴⁹ V. : M. TROPER, O. PFERSMANN, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges », in. S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING, *Gouvernement des juges et démocratie / séminaire international organisé par Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling* ; sous le parrainage de Françoise Dreyfus, Jean Gicquel et Didier Maus, 13 novembre 1998-28 mai 1999 ; Centre de recherche de droit constitutionnel, Centre d'analyse comparative des systèmes politiques, 2001, p. 21 – 62.

¹⁵⁰ M. TROPER, O. PFERSMANN, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges », in. S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING, *Gouvernement des juges et démocratie / séminaire international organisé par Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling* ; sous le parrainage de Françoise Dreyfus, Jean Gicquel et Didier Maus, 13 novembre 1998-28 mai 1999 ; Centre de recherche de droit constitutionnel, Centre d'analyse comparative des systèmes politiques, 2001, p. 22.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 39

¹⁵² M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, coll. « Droit public positif », Aix et Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 1990, p. 23 – 114.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 39 – 40.

¹⁵⁴ G. TIMSIT, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1995, p. 58.

¹⁵⁵ V. TURCEY, *Le Prince et ses juges : vers un nouveau pouvoir judiciaire*, Paris, Plon, 1997, p. 241.

¹⁵⁶ J. ARLETTAZ, J. BONNET, « Y'a-t-il un gouvernement des juges en France ? », *Pouvoirs et démocratie en France, Questions Ouvertes*, CRDP Languedoc-Roussillon, avril 2012, p. 134 – 135.

Au-delà de l'aspect théorique, ce concept est invoqué pour critiquer l'action de la magistrature. Pour le pouvoir politique, elle s'intéresse de trop près au pouvoir politique, de faire de la politique elle-même¹⁵⁷.

Cette notion de « gouvernement des juges », au-delà d'être un sujet d'étude juridique complexe, est l'expression de la défiance à admettre la justice comme un pouvoir ; à être réfractaire à voir ses pouvoirs s'étendre. Elle est une posture politique pour dénier toutes vellétés à la magistrature en brandissant l'argument du « gouvernement des juges » pour la disqualifier d'emblée. Elle pose le postulat que si la magistrature devenait un pouvoir, elle abuserait de son pouvoir. Elle fait du pouvoir judiciaire une chose uniquement négative, qu'elle rejette et refuse selon la logique adoptée.

La peur suscitée par un pouvoir judiciaire et un hypothétique « gouvernement des juges » est proportionnelle aux attentes placées dans la justice, du besoin essentiel qu'elle suscite et de sa nécessaire incarnation. Elle répond à un impératif démocratique¹⁵⁸. Elle est une composante essentielle de l'État de droit. La réflexion philosophique sur l'idée de justice par des grands auteurs comme Aristote¹⁵⁹, Kant¹⁶⁰, Hobbes¹⁶¹, Rousseau¹⁶² ou plus contemporanément

¹⁵⁷ « Sur ce que l'on appelle le gouvernement des juges, vielle lune aussi usée que possible [...] il est vrai que c'est une obsession française. Il est que ce mythe a une forte connotation républicaine, qu'il est constamment rappelé par ses disciples et qu'il est finalement le moyen de défense classique du corps politique à l'encontre des audaces judiciaires. On l'évoque dès que quelque décision rendue contrarie le gouvernement. [...] Donc cela sert à dire « les juges entravent, gênent, limitent, brident non seulement l'action du gouvernement, mais surtout la volonté du peuple qui s'exprime dans le choix de ses élus » », R. BADINTER, « Le gouvernement des juges vu par les juges », S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING, *Gouvernement des juges et démocratie / séminaire international organisé par Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling ; sous le parrainage de Françoise Dreyfus, Jean Gicquel et Didier Maus, 13 novembre 1998-28 mai 1999 ; Centre de recherche de droit constitutionnel, Centre d'analyse comparative des systèmes politiques, 2001*, p. 289.

¹⁵⁸ J. ARLETTAZ, J. BONNET, « Comment garantir l'indépendance de la justice », *Pouvoirs et démocratie en France, Questions Ouvertes*, CRDP Languedoc-Roussillon, avril 2012, p. 136 – 141.

¹⁵⁹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Nicot, Paris, Vrin, 1959, 539p. ; ARISTOTE, *La Politique ou la science des gouvernements*, trad. en français d'après le texte collationné sur les manuscrits et les éd. principales par J. Barthélemy-Saint-Hilaire, 1874, 545 p. ; V. à ce sujet : BALAUDÉ J-F., *Les théories de la justice dans l'Antiquité*, Collection 128, Nathan université, Paris, 1996, 128 p.

¹⁶⁰ E. KANT, *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit*, 1795, Vrin, Bibliothèque des Textes Philosophiques, 2011, 420 p.

¹⁶¹ T. HOBBS, *Léviathan ou La matière, la forme et la puissance d'un état ecclésiastique et civil*, 1651, Dalloz, 1999, 780 p.

¹⁶² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, GF, Flammarion, 2011, 256 p.

comme Paul Ricoeur¹⁶³ ou John Rawls¹⁶⁴, pour ne citer qu'eux, démontre son importance au sein de la société, de la démocratie. Elle est autant un facteur qu'un acteur de la démocratie¹⁶⁵.

La justice est donc aussi crainte qu'elle est essentielle ; elle est in fine incontournable. On ne peut faire sans. L'exercice de cette fonction essentielle est l'œuvre d'un corps tout aussi particulier. La magistrature exerce une fonction très singulière qui ne peut pas s'accommoder de cette dépendance induite par le fait qu'elle soit une autorité subordonnée au pouvoir exécutif. L'émergence de la séparation des pouvoirs permet justement de prévenir une telle concentration. « La magistrature n'est pas un métier : c'est un art »¹⁶⁶. En évoquant un art de juger¹⁶⁷, l'exercice de justice par la magistrature traduit une activité bien spécifique avec ses propres règles¹⁶⁸ qui la singularise. La magistrature est alors toute aussi crainte qu'essentielle.

Malgré la dénégation historique et doctrinale du statut de pouvoir guidée par la peur, le pouvoir judiciaire est une idée qui persiste à travers son essentialité. Ce concept alimente toujours la réflexion contemporaine autour de la magistrature, de voir en elle ce pouvoir jusqu'ici refusé¹⁶⁹.

On évoque alors le renouveau du pouvoir judiciaire¹⁷⁰ qui n'a en réalité jamais réellement pris corps, un tiers pouvoir¹⁷¹, une révolution démocratique par la justice¹⁷². Elle est la réponse à un mal-être profond de la magistrature. On déplore une autorité judiciaire, souhaitée ainsi par le pouvoir politique pour la Vème République¹⁷³, à bout de souffle « face à la vieille théorie du pouvoir judiciaire définitivement rangée dans l'armoire à glaces de la mythologie libérale »¹⁷⁴, une multiplication des affaires politico-financière mettant en lumière ses rapports troubles avec le pouvoir politique¹⁷⁵. Le témoignage sans concession de Renaud Van Ruymbeke, célèbre

¹⁶³ P. RICOEUR, *Le juste*, Philosophie, Editions Esprit, 1995, 221 p.

¹⁶⁴ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, 1971, traduit de l'anglais par C. Audard, Editions du seuil, Paris, 1993, 666 p. ; J. RAWLS, *Justice et démocratie*, 1978, traduit de l'anglais par C. Audard, P. de Lara, F. Piron, Editions du seuil, Paris, 1993, 385p.

¹⁶⁵ S. GABORIAU, H. PAULIAT, *Justice et démocratie : actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002*, actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002 / Entretiens d'Aguesseau, 2003, 535 p.

¹⁶⁶ C. RENARD, « La jeune magistrature », *La Réforme sociale*, T. 45, 1^{er} février 1903, p. 222.

¹⁶⁷ G. THUILLIER, *L'art de juger*, Economica, Paris, 2001, 74p.

¹⁶⁸ Dictionnaire de l'Académie Française, 9^e éd.

¹⁶⁹ J. FOYER, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 16, 1981, p. 17-29.

¹⁷⁰ V. TURCEY, *Le Prince et ses juges : vers un nouveau pouvoir judiciaire*, Paris, Plon, 1997, 243 p.

¹⁷¹ D. SALAS, *Le tiers pouvoir, Vers une autre justice*, Éd. Hachette Littératures, coll. Forum, avril 1998, 297 p. ; D. SALAS, « Le tiers pouvoirs, de l'utopie à la réalité », in. J-P. ROYER (dir.), *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 248 – 261.

¹⁷² D. SALAS (prés. par), *La Justice, révolution démocratique*, DDB Société, Desclée De Brouwer, 2001, 235 p.

¹⁷³ A. BOLLET-PONSIGNON, *La notion de séparation des pouvoirs dans les travaux préparatoires de la Constitution de 1958*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1993, 72p.

¹⁷⁴ R. BOURE, P. MIGNARD, *La crise de l'institution judiciaire*, Paris, C. Bourgeois éditeurs, 1977, p. 7-9.

¹⁷⁵ V. ROUSSEL, *Affaires de juges : les magistrats dans les scandales politiques*, Paris, éd. La Découverte, 2002, 312 p.

magistrat instructeur de certaines de ces affaires politico-financières dans les années 90 et 2000¹⁷⁶ est saisissant. Il dépeint une instruction sous l'emprise du pouvoir politique par le prisme du parquet lié par la saisie in rem l'obligeant à l'informer sur des nouveaux faits¹⁷⁷. Il dénonce la dépendance du judiciaire au politique, fruit d'un lourd héritage historique¹⁷⁸ et l'archaïsme de ce système¹⁷⁹. La crise aigüe de l'autorité judiciaire entraîne l'essor de l'idée d'un renouveau du pouvoir judiciaire ; et inversement, l'essor d'une échappatoire fait d'autant plus ressortir cette dernière¹⁸⁰. Elle est déchirée entre ces deux statuts ; d'être un pouvoir, de ne pas l'être ; pour finalement n'être plus rien¹⁸¹. Principe supposé central pour la magistrature, on peut légitimement penser qu'il a pu comme disparaître¹⁸² sous le poids du pouvoir politique à certains moments, à certains endroits.

En définitive, la magistrature vit une crise généralisée¹⁸³. Le pouvoir judiciaire alors devient un remède miracle, jusqu'ici fui tel un poison, pour extirper la magistrature des maux qui la ronge. Cette crise est principalement statutaire. La question de savoir si la magistrature est « diluée »¹⁸⁴ ou non dans le pouvoir exécutif en est au cœur. La source de la crise qui touche la magistrature trouve sa solution au même endroit ; dans la relation entre le pouvoir politique et la magistrature. Cette relation est d'importance. Vu les enjeux précédemment évoqués, une crise de la magistrature entraîne une crise de la justice. Elle entraînera à son tour une crise de la démocratie, dont elle en est un pilier. Les débats doctrinaux persistent sur la magistrature ; pour savoir si elle est désormais considérée comme un pouvoir¹⁸⁵, un contre-pouvoir¹⁸⁶ ou si

¹⁷⁶ D. ROBERT, *La Justice ou le chaos*, Paris, Stock, 1996, p. 16 – 85.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 24.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 38 et s.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 74 -75.

¹⁸⁰ A.GARAPON (dir.), *Les juges. Un pouvoir irresponsable ?*, Paris, Justement, Nicolas Philippe, 2003, p. 83 – 90.

¹⁸¹ « On leur reproche tout et son contraire. Les mêmes qui les accusent de faire trop de politique leur reprochent simultanément de ne pas en faire assez [...] c'est finalement l'existence même du juge que l'on conteste », L. ENGEL, A. GARAPON, « La montée en puissance de la justice, disqualification ou requalification du politique », D. SALAS (prés. par), *La Justice, révolution démocratique*, DDB Société, Desclée De Brouwer, 2001, p. 137.

¹⁸² Chapitre VIII « Indépendance, où es-tu ? », P. DEVEDJIAN, *Le temps des juges : essai*, Paris, Flammarion, 1996, p. 188 et s.

¹⁸³ J. LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, coll. Travaux du Colloque du Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain, Louvain et Paris, L.G.D.J., 1991, 171 p.

¹⁸⁴ J. LENOBLE (dir.), *ibid.*, p. 34-36.

¹⁸⁵ « Un pouvoir juridictionnel comme le troisième pouvoir enfin affirmé », S. MILACIC, « De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoirs » : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », in PARIENTE A. (dir), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Actes de la journée d'études organisée le 22 avril 2005 à Agen par l'Association française de droit constitutionnel et le Centre d'études et de recherches comparatives sur les constitutions, les libertés et l'Etat (CERCCLÉ) de l'université Montesquieu-Bordeaux IV, 2007, p. 40.

¹⁸⁶ F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 15. ; F. HOURQUEBIE, *Le Pouvoir juridictionnel en France*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2010, 216 p.

elle demeure une autorité¹⁸⁷. Derrière les appellations qui peuvent être détournées ou vidées de leur sens, il faut s'intéresser au contenu et moins à son contenant. Selon Montesquieu et la doctrine sur la séparation des pouvoirs, « un réel pouvoir bénéficie de l'indépendance organique et de la spécialisation fonctionnelle »¹⁸⁸. Dans la relation pouvoir politique et magistrature, l'indépendance organique est la caractéristique qui est mise en jeu, qui est la plus contrainte par cette relation ; qui transcende même le clivage pouvoir/autorité.

Le rapport binaire pouvoir/dépendance et indépendance/dépendance est directement corrélé à la relation pouvoir politique et magistrature. S'intéresser à l'indépendance permet d'examiner un des deux éléments fondamentaux de la notion de pouvoir ; permettant alors dans un second temps de voir si ce qualificatif peut être donné ou non. La notion de pouvoir ou d'autorité est une conséquence de l'indépendance ou de la dépendance. Derrière toutes les réflexions sur le pouvoir judiciaire, la relation entre pouvoir politique et magistrature est en filigrane. Elle est la cause et la conséquence de ces dernières. Cette relation est donc aussi complexe qu'elle est cruciale.

Mis à part la période électorale de la magistrature suivant la Révolution, qui sera traitée dans la toute première section de cette étude, la magistrature va se trouver de nouveau liée au pouvoir politique comme elle l'a quasiment toujours été. Cependant, les règles de leur relation ont profondément changé entre temps. Le principe de séparation des pouvoirs a mis en lumière le principe d'indépendance de la magistrature du pouvoir politique. Il est devenu une donnée incontournable ; aux antipodes de tout ce qu'elle a connu jusqu'ici.

À travers le débat théorique entre pouvoir et autorité judiciaire, la question de la dépendance ou de l'indépendance de la magistrature se pose. Elle est la conséquence logique de la première. Toute la difficulté provoquée par ce débat théorique va altérer les rapports entre la magistrature et le pouvoir politique ; est-elle un pouvoir ; est-elle une autorité ; est-elle indépendante ; est-elle dépendante ? In fine, toutes ces questions conditionnent les fondements de la magistrature, sa légitimité. Le statut incertain de magistrature la fragilise face au pouvoir politique, fort et certain de sa puissance.

¹⁸⁷ I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle : contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse de doctorat, Dalloz, 2005, 449 p. ; I. BOUCOBZA, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 73 – 87.

¹⁸⁸ S. MILACIC, « De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoirs » : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », in PARIENTE A. (dir), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Actes de la journée d'études organisée le 22 avril 2005 à Agen par l'Association française de droit constitutionnel et le Centre d'études et de recherches comparatives sur les constitutions, les libertés et l'Etat (CERCLE) de l'université Montesquieu-Bordeaux IV, 2007, p. 35.

Pourtant la stabilité de la justice, par le biais du positionnement statutaire de la magistrature, est essentielle. Elle exige l'univocité ; l'équivocité est dommageable au pouvoir politique, il met à mal tout le système. Elle doit composer avec des impératifs contradictoires ; rendue indépendante au nom de la séparation des pouvoirs mais tout en restant dépendante car elle n'est pas considérée comme un pouvoir, mais comme une simple autorité découlant du pouvoir politique. L'incertitude du judiciaire va permettre de le contorsionner entre pouvoir et autorité ; entre indépendance et dépendance pour tenter de concilier des principes a priori inconciliables. La qualification d'autorité judiciaire, à défaut de lui octroyer celle de pouvoir, maintient un lien entre le pouvoir et la magistrature et une domination du premier sur le second. L'indépendance permet de lui garantir une certaine légitimité.

Si « dans l'ancienne France, la justice émane du Roi. À partir de la Révolution, elle émane du peuple »¹⁸⁹. Dès lors, la confiance du pouvoir politique dans la magistrature ne compte plus. La confiance des justiciables est la seule qui vaille pour garantir la légitimité de la magistrature. C'est la raison d'être de l'indépendance de la magistrature ; d'assurer la séparation du pouvoir politique. Dans la définition précitée de la légitimité¹⁹⁰, il est question de sa reconnaissance par la collectivité. Celle de la magistrature découle irrémédiablement de celle des justiciables. Sa confiance dans la magistrature passe nécessairement par la garantie de son indépendance. En un sens, l'indépendance n'est pas faite pour les magistrats mais pour les justiciables, les usagers du service public de la justice¹⁹¹. La justice ne doit rendre compte qu'à eux seuls¹⁹².

Face à la dualité autorité et pouvoir faisant découler une dépendance ou une indépendance de la magistrature au pouvoir politique, le rapport entre pouvoir politique et magistrature n'est pas simple. Il est même tellement complexe qu'il fait naître un paradoxe.

Comme le statut de pouvoir n'est pas accordé à la magistrature, elle ne peut alors être qu'une autorité. La nomination par le pouvoir politique des magistrats de l'ordre judiciaire est la preuve que la magistrature n'est qu'une autorité. La conséquence majeure de cet état est l'impossibilité

¹⁸⁹ J. FOYER, *Histoire de la justice*, Que sais-je, n° 137, PUF, 1996, p. 7.

¹⁹⁰ « Ce qui fonde quelque chose, quand elle est en conformité à une norme supérieure juridique ou éthique et ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution », G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2020, p. 601.

¹⁹¹ G. DUPRAT (dir.), *Justice et politique*, Actes du Colloque tenu à l'I. E. P. de Strasbourg les 6, 7 et 8 avril 1973, Université des sciences juridiques, politiques et sociales, Colmar, Presses Universitaires d'Alsace, 1974, p. 19 – 20.

¹⁹² « La justice n'a de comptes à rendre ni au Président de la République, ni au gouvernement, qui assure son bon fonctionnement, ni au parlement, dont elle applique les lois mais à l'ensemble des citoyens qui composent la nation », H. LECLERC, « Transparence et justice », C. SAMET, *Justice, transparence et démocratie*, Paris, L'île Lettrée, Archer Val De France Eds, 1997, 237 p.

de conférer une totale indépendance à la magistrature. La relation entre la magistrature et le pouvoir politique doit être gouvernée par l'indépendance. L'indépendance étant une des garanties d'un pouvoir, elle s'adapte à ce statut différent. La magistrature bénéficie donc d'une indépendance très particulière, au sein d'un lien de dépendance. Elle est certainement dépendante au pouvoir ; l'exigence d'indépendance doit être mise en œuvre pour contrebalancer cette dépendance et respecter la séparation des pouvoirs. Ce paradoxe est structurel et particulièrement prégnant en France¹⁹³.

Si le pouvoir politique peut être métaphoriquement un arbre, l'autorité judiciaire est considérée comme une branche que l'on a greffée dessus au lieu de la planter comme un autre arbre. Dans ces conditions, cette branche peut-elle être indépendante de son arbre ? On peut vouloir que cette branche soit la plus indépendante possible, elle reste malgré tout reliée à l'arbre. De ce paradoxe découle toute la difficulté de la relation entre magistrature et pouvoir politique et la problématique de cette étude.

Si l'indépendance est le trait légitimateur par excellence de la magistrature et que la nomination par le pouvoir politique des magistrats est une constante démontrant une dépendance, peut-on alors véritablement garantir l'indépendance de la magistrature ?

Avant de se prononcer sur la potentielle qualité de pouvoir ou d'autorité que devrait revêtir la magistrature, il peut être intéressant de s'intéresser en amont à l'indépendance et ses effets au sein de la relation entre le pouvoir politique et la magistrature. Il en est un indicateur incontournable. La France se particularise sur ce point en affaiblissant de facto la magistrature¹⁹⁴. Il convient alors de démontrer que la dépendance induite par le statut d'autorité

¹⁹³ « SI l'indépendance des juges est un trait commun à tous les régimes politiques constitutionnels, il y a dans la réalité des différences notables [...] En Europe continentale, le processus de centralisation de l'autorité politique, et donc aussi de l'autorité judiciaire s'accomplit avec le souverain comme centre, les juges lui étant, au moins dans une première phase subordonnés. Le processus de constitutionnalisation, qui entraîne le développement des garants d'indépendance relâche lentement ce lien qui se trouve renforcé par la matrice organique commune. En Europe continentale et surtout en France, la méfiance envers les juges est toujours forte ; c'est le pouvoir judiciaire qui doit être contrôlé », C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La puissance de juger, Pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, Michalon, 1996, p. 144.

¹⁹⁴ « L'État de droit dont l'indépendance du pouvoir judiciaire est l'un des composants essentielles » [...] « le pouvoir judiciaire, parfois qualifié d'autorité judiciaire comme dans la constitution française de 1958, court d'avantage le risque d'être trop faible, que trop puissant », Conseil de l'Europe, *Le rôle du pouvoir judiciaire dans un État de droit*, actes table ronde des ministres de la Justice des pays d'Europe centrale et orientale, Varsovie (Pologne), 4 avril 1995, organisée par le Conseil de l'Europe en coopération avec le ministre de la Justice de la République de Pologne, Editions du Conseil de l'Europe, 1996, p. 11 – 12.

ne fonctionne pas pour la magistrature. Elle dérive vers une soumission en sacrifiant l'indépendance. Par conséquent, la magistrature doit gagner son statut de pouvoir par l'indépendance. Elle est vitale et doit aboutir à un statut en cohérence. La magistrature ne peut être viable que comme un troisième pouvoir ; totalement indépendant, sans être la branche d'un autre pouvoir.

La magistrature doit être pleinement indépendante pour avoir la confiance la plus large des justiciables et avoir par ricochet, la légitimité la plus importante possible. Ce triptyque doit être la voie à suivre. A contrario, la dépendance engendre la défiance, la remise en cause et donc l'illégitimité. La connexion entre pouvoir, légitimité et indépendance est claire, déterminante et vertueuse¹⁹⁵. Sans être l'Alpha et l'Omega du pouvoir judiciaire, l'indépendance est son principal moteur de légitimité¹⁹⁶. La reconnaissance du pouvoir judiciaire passe par celle de son indépendance¹⁹⁷. Sortir définitivement la magistrature « d'une justice incorporée au souverain »¹⁹⁸ n'est pas une sinécure. L'indépendance du pouvoir doit succéder à l'osmose, la justice doit s'échapper du monde politique qui lui est pourtant étranger¹⁹⁹. Des frontières entre la magistrature et le politique, brouillée jusqu'ici²⁰⁰, sont nécessaires pour faire apparaître l'indépendance et la rendre pérenne. Les liens entre justice et politique ont été si étroits, symbolisés par la haute magistrature²⁰¹, que la distinction n'est pas si évidente à mettre en œuvre, à être perçue. Pourtant au cœur cette relation complexe et des enjeux qu'elle soulève, c'est la « justice qui est en jeu »²⁰².

Bien que Montesquieu le juge différent des deux autres, le judiciaire est considéré comme un pouvoir, sa légitimité peut alors différer. Si l'exécutif et le législatif possèdent une légitimité démocratique, celle du pouvoir judiciaire passe par l'indépendance au pouvoir politique.

¹⁹⁵ J-D. BREDIN, « La légitimité des juges », in J-P. ROYER, *Etre juge demain, Belgique Espagne France Italie Pays-Bas Portugal et R.F.A.*, P.U Lille, 1983, p. 19 – 40.

¹⁹⁶ « L'indépendance suffit-elle pour justifier, dans l'opinion publique, le pouvoir considérable du juge ? L'accroissement des pouvoirs qui lui reviennent doit s'accompagner d'un surcroît d'indépendance et de légitimité », J. LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, coll. Travaux du Colloque du Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain, Louvain et Paris, L.G.D.J., 1991, p. 29.

¹⁹⁷ G. DELALOY, *Le pouvoir judiciaire*, PUF, Droit et justice, 2005, 64 p.

¹⁹⁸ D. SALAS (prés. par), *La Justice, révolution démocratique*, DDB Société, Desclée De Brouwer, 2001, p. 9 et s.

¹⁹⁹ V. ROUSSEL, *Affaires de juges : les magistrats dans les scandales politiques*, Paris, éd. La Découverte, 2002, p. 25 – 41 ; 77 – 108.

²⁰⁰ D. SALAS, *Le tiers pouvoir, Vers une autre justice*, Éd. Hachette Littératures, coll. Forum, avril 1998, p. 41 et s.

²⁰¹ A. BANCAUD, *La haute magistrature française entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, Paris, LGDJ, 1993, 301 p.

²⁰² S. ENGUÉLÉGUÉLÉ, *La justice « en jeu »*, Paris, L'Harmattan, 2003, 243 p.

Soumis à la loi, il doit être indépendant des pouvoirs qui font la loi et qui l'exécute. La réflexion sur le caractère politique du juge renvoie à la peur relative au gouvernement des juges²⁰³.

Il ne reste qu'à étudier et analyser le sort réservé à l'indépendance par le pouvoir politique, puissant tronc auquel est rattaché la magistrature. Le lien entre légitimité et indépendance est désormais reconnu²⁰⁴ ; encore a-t-il fallu construire, maintenir et montrer ce chemin pour parvenir à cette réalité déplaisante pour le pouvoir politique. Atteindre le paroxysme de ce paradoxe, en poussant au maximum l'indépendance, a permis de mettre en lumière ses failles et son insolubilité. Par voie de conséquence, on doit aboutir selon toute logique, à considérer la magistrature comme un pouvoir. Il convient alors d'analyser le rapport entre le pouvoir politique et la magistrature par le prisme de l'indépendance, de la latitude donnée à ce principe vital.

La dépendance de la magistrature au pouvoir politique, orchestrée par ce dernier et à son profit, aboutit à un constat d'échec. Elle a un effet néfaste sur la magistrature. Ce constat entraîne l'émergence théorique et concrète de mécanismes d'indépendance pour tenter de remédier à cet échec et ses expressions. Leur intégration se heurte à la volonté du pouvoir politique de maintenir son contrôle sur la magistrature. Ils vont alors perdre en efficacité (Partie 1). Bien qu'elle ait indéniablement progressé pour atteindre un haut niveau actuellement, l'indépendance de la magistrature ne peut pas être totalement atteinte en demeurant une autorité, à cause du paradoxe. Elle souffre toujours de blocages et de freins du fait de sa conception, son appréhension et son évolution. Il est vital pour la magistrature de lever toutes les contraintes pesant sur la magistrature et son indépendance. Elle doit être et considérée comme un pouvoir pour obtenir une réelle indépendance permettant ainsi d'avoir la confiance du justiciable, clef de voûte de sa légitimité (Partie 2).

Partie 1 : Le constat de la dépendance de la magistrature au pouvoir politique

Partie 2 : La nécessité d'une véritable indépendance de la magistrature du pouvoir politique

²⁰³ C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La puissance de juger, Pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, Michalon, 1996, p. 146 et s.

²⁰⁴ « L'indépendance de l'autorité judiciaire est un principe fondamental à valeur constitutionnelle [...] Elle est pour le magistrat la condition de sa légitimité », Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 2019, p. 15.

Partie 1 : Le constat de la dépendance de la magistrature au pouvoir politique

La destruction de la justice d'Ancien Régime et des puissantes compagnies judiciaires va laisser un vide immense que la Constituante va devoir combler. Elle est tiraillée par la peur d'une magistrature puissante mais nécessaire. S'interrogeant sur le rôle du Roi dans sa relation avec la magistrature, elle choisit de procéder à l'élection des magistrats pour conjuguer deux impératifs contradictoires. Ce procédé électif ne perdurera pas très longtemps. Bien qu'il soit évoqué tout au long du XIX^{ème} siècle, il ne sera pas une solution crédible pour le recrutement de la magistrature.

La nomination des magistrats par le pouvoir politique, unique alternative à la suite de l'échec de l'élection, va redevenir le principe. Par un effet logique et mécanique, la nomination va créer un lien de dépendance. Pour éviter à nouveau tout absolutisme, cette nomination contrôlée par le pouvoir politique va être flanquée d'un contrepoids pour équilibrer ces relations avec la magistrature. Principe ancien et déjà éprouvé, l'inamovibilité doit permettre de donner l'indépendance nécessaire pour compenser la dépendance créée par la nomination. Elle est le premier mécanisme d'indépendance de la magistrature. Théoriquement, la balance nomination/inamovibilité doit s'équilibrer pour garantir l'indépendance des magistrats du pouvoir politique malgré la dépendance induite par la nomination.

Dans les faits, ce fragile équilibre ne va pas tenir. La balance va totalement se déséquilibrer au profit du pouvoir politique et de la nomination au détriment de la magistrature. L'inamovibilité est construite de façon à ce qu'elle souffre de nombreuses faiblesses, rendant impossible une protection effective des magistrats. Il ne fait pas le poids face à la nomination qu'il est censé équilibrer. L'inamovibilité ne résistera pas aux purges successives de la magistrature. Elle sera mise de côté par la seule volonté du pouvoir politique. Ce déséquilibre entraîne la soumission des magistrats au pouvoir politique en place. La récurrence des purges, à chaque changement de régime politique, est l'expression de cette soumission (Titre 1).

Ce constat de soumission de la magistrature au pouvoir politique va aboutir à en apprécier les effets néfastes sur la magistrature. Cette dépendance nécessite un contrôle total du pouvoir sur la magistrature. Il s'opère par le recrutement à travers des règles les moins contraignantes possibles pour le pouvoir politique. Elles sont principalement discrétionnaires mettant l'accent sur la compétence morale au détriment de la compétence juridique. Elles ont pour but de

permettre au pouvoir politique de ne pas être contraint, ou le moins possible, dans le choix des magistrats.

Ce choix arbitraire des magistrats conduit à l'affaiblissement de la magistrature. Tirée de la notabilité et dépourvue d'esprit de corps, la magistrature ne dispose d'aucune considération, d'aucune garantie sur carrière sous le joug d'un pouvoir disciplinaire sous contrôle du pouvoir politique. Le système entier mis en place autour de la magistrature tend à entretenir et approfondir la dépendance et la soumission au pouvoir politique.

Concomitamment à l'ancrage de la soumission et de son effet néfaste, des mécanismes d'indépendance vont émerger. Ils vont actionner les deux leviers de l'indépendance ; la compétence juridique du magistrat et des garanties de pérennité dans la magistrature. Il va ainsi émerger des mécanismes tels que le concours, la formation, le tableau d'avancement et le Conseil supérieur de la magistrature permettant d'affermir l'indépendance de la magistrature. Cependant, ces mécanismes ne vont pas s'épanouir. Ils seront parasités par le pouvoir politique qui va diminuer voire supprimer l'efficacité des mécanismes, limitant fortement l'effet d'indépendance.

La compétence juridique n'est pas pleinement garantie et la carrière des magistrats demeure à la discrétion du pouvoir politique. Malgré l'avènement de l'indépendance et de ses mécanismes pour accompagner l'inamovibilité, la magistrature reste soumise au pouvoir politique (Titre 2).

Titre 1 : La négation de l'indépendance par le pouvoir politique.

Titre 2 : L'effet néfaste de la dépendance au pouvoir politique.

Titre 1 : La négation de l'indépendance par le pouvoir politique

Les débats lors de la Constituante révèlent une opposition sur le rôle du pouvoir politique sur la magistrature. Même si l'élection s'impose comme le nouveau mode de recrutement des magistrats, la question de l'institution par le Roi se pose. In fine, le Roi ne disposera que de prérogatives limitées en la matière, se contentant que de valider le résultat de l'élection. Le lien entre pouvoir politique et magistrature, bien qu'extrêmement limité, demeure. Bien que l'expérience élective ne dure pas, l'idée perdurera tout au long du XIX^{ème} siècle sans se réimposer réellement. L'élection des magistrats devient alors une voie sans issue.

Par l'échec de la pérennisation de l'élection, le pouvoir politique s'octroie la capacité de nommer les magistrats. Le lien va se retendre à nouveau. La nomination engendre une dépendance logique. Pour compenser la dépendance découlant de la nomination, l'inamovibilité va être réinstaurée et constamment réaffirmée. Principe ancien et protecteur du magistrat contre le pouvoir politique, il est le gage d'équilibre de la relation pouvoir politique et magistrature. (Chapitre 1).

Néanmoins, l'inamovibilité ne permet pas de garantir cet équilibre. La définition et les principes de l'inamovibilité contiennent des faiblesses l'empêchant d'être effectivement protecteur. De plus, ce principe ne s'applique qu'à une part de la magistrature. Bien qu'il soit réaffirmé par chaque régime politique, il est constamment ignoré et violé par les purges de la magistrature, tant implicites qu'explicites. Elles conduiront à évincer de la magistrature les magistrats nommés par le pouvoir précédent. Cette dérégulation de la nomination va conduire à une magistrature soumise et conforme aux souhaits du pouvoir politique. L'indépendance n'est qu'une façade. Elle n'existe pas. La dépendance prédomine et écrase l'inamovibilité (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'affermissement du rôle du pouvoir politique dans la nomination

Chapitre 2 : La dérégulation de la nomination par la faiblesse de l'inamovibilité

Chapitre 1 : L'affermissement du rôle du pouvoir politique dans la nomination

À partir de la Révolution française, la question du choix des magistrats s'est posée assez rapidement dans les débats de la Constituante. La première solution trouvée et utilisée pour y parvenir fut l'élection remettant alors en cause le rôle séculaire du pouvoir politique, du Roi, dans ce processus (Section 1). À la suite de l'abandon de l'élection, le rôle du pouvoir politique dans le choix du magistrat est réaffirmé, faute d'autres alternatives (Section 2).

Section 1 : Le questionnement du rôle du pouvoir politique à l'aune du concept de l'élection

L'élection des magistrats a joué un rôle déterminant dans la construction de la magistrature. Malgré une effectivité assez restreinte, elle a permis de mettre en lumière les difficultés inhérentes à l'appréhension de la nature de la magistrature, de ce qu'elle doit être (Paragraphe 1). Le concept d'élection des magistrats permet de révéler un indiscutable trait légitimateur de la magistrature sans qu'il ne puisse trouver à s'appliquer véritablement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'élection comme point de départ d'une profonde réflexion

Au sortir de la Révolution française, l'élection des juges est le seul et premier mode de recrutement alternatif envisagé et adopté pour la magistrature moderne en rupture avec la magistrature royale qui ne connaîtra qu'une trop brève existence effective (I). Cependant, le concept d'élection des magistrats continuera à se réinviter aux débats tout au long du XIX^{ème}, sans jamais être réinstauré. Par-delà l'élection, c'est de la nature même de la magistrature qui est discutée (II).

I : Un concept révélateur d'une opposition d'appréhension de la magistrature

L'élection des magistrats est bien un mode de recrutement révolutionnaire à plusieurs titres. Tant sa période d'apparition que sa conception font de l'élection un mode de recrutement révolutionnaire et novateur en rupture complète avec la pratique séculaire de patrimonialité des offices.

En effet, la chute de l’Ancien Régime entraîna une profonde réflexion sur la magistrature et de sa conception. Cette réflexion se posera nécessairement en premier lieu sur le mode de recrutement des magistrats. L’abolition de la vénalité des offices en août 1789²⁰⁵ posait les bases d’une réflexion nécessaire et attendue sur la magistrature du fait de la destruction de son prédécesseur. Pour retirer aux magistrats cette emprise sur la fonction, il semblait nécessaire de changer radicalement de mode de recrutement.

La Constituante s’interrogera sur la possibilité d’un autre mode de recrutement à l’opposé de la pratique des vénalités tendant dès lors vers la question de l’élection. Le principe de l’élection s’implantera très rapidement dès la fin de l’année 1789²⁰⁶ au sein des discussions de l’Assemblée. L’élection est le mode de recrutement le plus éloigné possible de celui de la vénalité. Au lieu d’acheter la fonction pour la posséder, le peuple la lui confère.

La première nécessité révolutionnaire est la destruction de l’appareil judiciaire de l’Ancien Régime à travers la régénération du corps de la magistrature²⁰⁷. La régénération d’un tel corps commence par le remplacement des magistrats selon une méthode de recrutement diamétralement opposée à la vénalité. L’œuvre de la Constituante est de faire émerger une manière de recrutement des magistrats à l’opposé d’une justice « prérogative d’essence divine traitée comme une vulgaire marchandise »²⁰⁸.

La question de l’élection prend dès lors une place centrale dans la conception d’une magistrature nouvelle, figurant en bonne place dans la liste des problématiques qui devront être résolues. En effet, un décret du 31 mars 1790 souleva deux interrogations majeures sur le recrutement des magistrats oscillant entre un certain conservatisme et l’innovation par l’élection²⁰⁹. Cette question posée à la Constituante n’est que formelle sur ce point. Le projet de loi de 1789 a déjà répondu à cette question, en un sens, souhaitant une rupture certaine avec l’Ancien Régime. L’élection remplacera coûte que coûte le système de patrimonialité des

²⁰⁵ « Toutes les justices seigneuriales sont supprimées sans aucune indemnités [...] jusqu’à ce qu’il ait été pourvu par l’Assemblée nationale à l’établissement d’un nouvel ordre judiciaire », Art. 4, décret des 4, 6, 8 et 11 août 1789 portant abolition du régime féodal, des justices seigneuriales, des dîmes, de la vénalité des offices, *Duvergier*, T.1, p. 33 et s.

²⁰⁶ « Les juges seront élus par les justiciables, en la forme qui sera ci-après déterminée », Art. 2, projet de l’organisation du pouvoir judiciaire à l’Assemblée nationale par le comité de constitution, Arch. Parl. T. X, p. 725.

²⁰⁷ « Le vœu de la France s’est fait entendre : la réforme de la justice et des tribunaux est un de ses premiers besoins, et la confiance publique dans le succès de la régénération », THOURET, Arch. Parl., T.XII, p. 344.

²⁰⁸ Actes du colloque des 29-30 octobre 2003, Université Toulouse 1, « la légitimité des juges », Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, p.214.

²⁰⁹ « 5° Les juges seront-ils établis à vie ou seront-ils élus pour un temps déterminé, 6° Les juges seront-ils élus par le peuple ou doivent-ils être institués par le Roi ? », décret du 31 mars 1790, *Duvergier*, T.1, p. 144.

offices. Elle est la seule alternative connue et proposée par la Constituante pour rompre avec la pratique de l'Ancien régime.

Cependant, cette conception de rupture ne fait pas l'unanimité face à la peur du vide engendrée par une telle destruction. Les discussions de l'Assemblée constituante portent sur « huit siècles [de magistrature] et [sa refonte] est discutée depuis huit mois »²¹⁰, il est logique qu'elle ne se fasse pas sans crainte. La Constituante comprend aisément tous les enjeux d'une telle réforme. Elle sait ce qu'elle détruit mais ne sait pas encore précisément ce que deviendra la magistrature, sous quelle forme elle évoluera.

Malgré ces réticences légitimes, la magistrature sera bel et bien remaniée, ouvrant la voie, de facto, à l'instauration de l'élection des magistrats. En s'affranchissant du carcan oppresseur de l'ancienne magistrature qui de par son histoire et sa longévité imposait un certain respect même inconscient, la Constituante s'autorise à discuter d'une telle refonte, à commencer par le recrutement des nouveaux magistrats.

Un premier débat interviendra sur le seul principe de l'élection. Ainsi, dès le 3 mai 1790²¹¹, la Constituante doit répondre à la question posée fin 1789 à savoir si les juges devaient être élus ou non. Les débats démontrent un consensus sur le concept de l'élection décrétant qu'il sera à temps et sans intervalle entre deux élections, et non pas à vie²¹². Il en ressort la crainte qu'inspire un corps de magistrat titulaire d'une fonction de magistrat pour un temps indéterminé, d'un mauvais magistrat que l'on ne pourra exclure de la magistrature. L'élection à temps est un moyen de contourner cette défiance. Le magistrat sera élu pour une durée de six ans renouvelable²¹³.

La seconde étape du raisonnement de la Constituante est de déterminer si les juges seront élus par le peuple et s'ils doivent être institués par le Roi. Si la première ne pose aucune difficulté et est adoptée à l'unanimité, la seconde impose un débat plus important qui révèle les premières dissensions sur un tel sujet. Les débats font poindre deux visions de la magistrature à travers le prisme d'une question somme toute banale²¹⁴, l'une estimant que l'élection par le peuple doit

²¹⁰ Arch. Parl., T. XII, p. 348.

²¹¹ Arch. Parl., T.XV, p. 370 et s.

²¹² « On craint le pouvoir des juges à vie », Brocheton, Arch. Parl. T. XV, p. 370.

²¹³ Arch. Parl., *ibid.*, p. 384.

²¹⁴ « Je ne croyais pas que l'institution des juges par le Roi put souffrir la moindre difficulté », Bazoche, *ibid.*, p. 391.

conduire à une institution directe, par lui, des magistrats²¹⁵ et l'autre que la justice est rendue au nom du Roi devant ainsi nécessairement les institués²¹⁶. Au-delà, de cette pure question de pratique, elle tend à s'interroger sur la place du Roi dans l'institution des juges et plus largement sur la place que doit occuper le Roi sur la magistrature en son ensemble.

La question de la redéfinition du pouvoir royal au sein de l'élection ne faisait absolument pas consensus, engendrant des « discussions mémorables »²¹⁷ au sein de la Constituante. Si le principe est l'élection des magistrats par les citoyens, il n'en reste pas moins à définir si le Roi aura une influence ou non sur ces élections. Sur cette épineuse question, il exista une forte opposition puisque elle portera sur la conception même de la magistrature et de sa relation au pouvoir politique.

Renier au roi un quelconque impact sur le recrutement par élection est un changement encore plus important que l'élection stricto sensu. Si l'instauration de l'élection comme mode de recrutement ne posait que peu de difficulté dans sa conceptualisation, le sort de la puissance royale dans ce mode de recrutement nouveau en posait nettement plus. Début mai 1790, l'Assemblée constituante allait continuer à débattre de cette question capitale²¹⁸ dans le prolongement des débats précédents montrant que la question revêt une importance toute particulière.

Ce débat posait deux questions subséquentes sur l'élection à savoir « si les juges seraient ou non institués par le Roi et s'il peut refuser d'instituer un magistrat »²¹⁹ telles que prévues par le décret de décembre 1789. Deux positions s'affrontent, l'une souhaitant que le Roi puisse garder un rôle actif dans le recrutement des magistrats et l'autre voulant le lui retirer. Les partisans d'un rôle amoindri du pouvoir royal expriment que la conception de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs porte sur trois pouvoirs bien distincts et non simplement deux avec un troisième soumis aux deux autres²²⁰. Dès lors, le rôle du Roi ne peut être que passif pour l'élection. Il est nécessaire d'empêcher le Roi d'agir sur la magistrature, à commencer sur le choix du magistrat élu. Roederer, ancien conseiller au Parlement de Metz et partisan de l'effacement de la prérogative royale de nomination, invoquait que « l'autorité majestueuse de

²¹⁵ « Donner au peuple le droit de nommer les juges et lui refuser celui d'instituer les magistrats, c'est une inconséquence palpable. Le peuple doit conserver tous les pouvoirs qu'il peut exercer », La Reveillère de L'épeaux, *ibid.*, p. 390.

²¹⁶ « Je conclus donc que tous les juges du royaume doivent être institués par le Roi », Abbé Maury, *ibid.*, p. 399.

²¹⁷ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature. Des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, T.1, p. 123.

²¹⁸ Arch. Parl. T.XV, p. 416 et s.

²¹⁹ Arch. Parl. T.XV, *ibid.*

²²⁰ « Trois pouvoirs dans tout gouvernement : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Tout est perdu quand le Prince exerce lui-même la justice », discours de Roederer, Arch. Parl., T. XV.

Montesquieu pour démontrer que la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire était dans la nature des choses »²²¹. Cette conception tend à caractériser la magistrature comme un véritable pouvoir séparé du pouvoir politique, du Roi. Les partisans d'un rôle actif du Roi exprimaient la nécessité de conserver cette prérogative dans le choix des magistrats sous peine de dégrader fortement sa puissance en tant que pouvoir exécutif. Ils estiment que la magistrature est issue du pouvoir exécutif et qu'il doit nécessairement avoir un rôle dans le choix des magistrats²²². Pour eux le contrôle du Roi, pouvoir exécutif, sur la magistrature est consubstantielle à ce dernier. Lui retirer pareille prérogative reviendrait à détruire le pouvoir politique. Le politique et la magistrature ne font qu'un, les séparer reviendrait à nuire aux deux. Les partisans d'une telle idéologie tendent à rendre la magistrature en une simple autorité procédant directement du pouvoir exécutif.

De ces deux théories révélées par ces débats, il ressort nécessairement la conception même de la séparation des pouvoirs et de la relation entre le pouvoir politique et la magistrature. La discussion du rôle du Roi sur l'institution des magistrats élus revient à s'interroger, en creux, sur la séparation totale en tant que pouvoir judiciaire ou la conservation de l'immixtion du pouvoir royal sur la magistrature en tant qu'autorité. Ces débats sont les prémisses d'une discussion plus que bicentenaire démontrant toute la difficulté de la relation entre pouvoir politique et magistrature. Ils ont l'avantage d'être un accélérateur de pensée de cette relation. Sur un sujet d'apparence si inoffensif, il se révèle être très sensible du fait des opinions très tranchées qui en émanent.

Malgré cette forte opposition, une courte majorité de la Constituante se prononçait en faveur de l'affaiblissement des prérogatives royales. L'élection ne fera ressortir qu'un seul candidat présenté au Roi sans qu'il ne puisse refuser sa nomination²²³. Cette courte majorité au profit d'une conception extensive de la magistrature ne sera pas suffisante pour la protéger véritablement et durablement de l'immixtion du pouvoir politique. La mise en pratique de l'élection tendra à basculer vers l'autre conception, celle d'autorité. Les débats tranchés de la Constituante influenceront sur la mise en œuvre de l'élection, en la dévoyant.

À la suite des débats de mai 1790, plusieurs décrets en prendront acte et intégreront ce nouveau mode de recrutement dans la nouvelle organisation judiciaire. Les décrets du 3, 4 et 5 mai

²²¹ *Ibid.*, p. 416.

²²² « Réunissons nous tous pour défendre cette autorité sacrée, et demandons que le Roi choisisse parmi trois sujets qui lui seront présentés », De Cazales, *ibid.*, p. 420.

²²³ « L'Assemblée décrète à une majorité peu considérable mais très déterminée « que le roi n'aura pas le pouvoir de refuser son consentement à l'admission d'un juge élu par le peuple », *ibid.* p. 420.

1790²²⁴ sur l'élection des juges, le nombre d'années pour lesquelles les juges seront élus et ceux par le peuple seront intégrés au sein de la loi des 16 et 24 août 1790. Cette loi²²⁵ intègre les résultats des débats sur l'élection et les décrets pour les mettre en œuvre. Ainsi, cette loi prévoit expressément que « les juges seront élus par les justiciables »²²⁶ pour une durée de « six années, où à l'expiration de ce terme, il sera procédé à une élection nouvelle, dans laquelle les mêmes juges pourront être réélus »²²⁷. La nomination sera faite par l'envoi de lettres patentes aux juges élus du Roi, « lesquelles ne pourront être refusées »²²⁸. On retrouve dans cette loi, et plus particulièrement dans le titre II intitulé « des juges en général », les positions arrêtées par la Constituante à savoir l'élection directe par le peuple d'un juge temporaire que le Roi devra obligatoirement nommer. Elle réaffirme à nouveau que la vénalité des offices de judicature est abolie pour toujours.

La Constitution de 1791 prévoit également l'élection des juges au titre III, Chapitre V, article 2 disposant que « la justice sera rendue gratuitement par des juges élus à temps par le peuple et institués par des lettres patentes du roi qui ne pourra les refuser ». Dès lors, la justice glisse vers une légitimité populaire où des citoyens élus par d'autres citoyens posséderont temporairement la faculté de juger. Cette conception prend le contre-pied des magistrats institués par le Roi après avoir acheté le droit de juger.

Par-delà ce moyen d'extérioriser la magistrature du pouvoir politique, il n'en reste pas moins que l'électorat aura une incidence directe sur les magistrats élus. En effet, si la loi de 1790 et la Constitution de 1791 précisent que l'électorat est le peuple, en réalité, ce n'est pas tout le peuple. Bien loin d'un suffrage universel, l'élection des juges n'est qu'un suffrage censitaire très encadré. Ainsi, pour pouvoir voter à ces élections, il fallait être un citoyen actif et être membre des assemblées primaires²²⁹ à condition d' « être Français ou devenu Français, majeur de vingt-cinq ans accomplis, domicilié du canton depuis un an, de payer une contribution directe de la valeur locale de trois journées de travail et de n'être point dans l'état de domesticité »²³⁰. Ces assemblées étaient compétentes pour élire directement les juges de paix et désigner en son sein des représentants pour élire les juges de districts. À la lumière de ces critères, l'élection était

²²⁴ *Duvergier*, T.1, p. 168 et 169.

²²⁵ Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, *Duvergier*, T.1, p. 310 et s.

²²⁶ Article 3, *ibid.*

²²⁷ Article 4, *ibid.*

²²⁸ Article 6, *ibid.*

²²⁹ Décret du 22 décembre 1789 – janvier 1790 relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives, *Duvergier*, T1, p. 87.

²³⁰ Art. 3, *ibid.*

biaisée tant par une restriction de l'électorat qu'une restriction des juges pouvant être élus. Faire partie de l'électorat revêt un caractère de privilège mais devenir juge l'est encore plus²³¹. Pour être élu, il fallait justifier d'une capacité juridique par la pratique pendant au moins cinq ans de la profession de juge ou homme de loi²³² auprès des tribunaux de l'Ancien Régime ne permettant ainsi qu'aux seuls anciens magistrats et avocats de devenir juge²³³. Ces deux axes restrictifs peuvent s'analyser à travers la peur qu'inspire la magistrature à la Constituante mais également dans un besoin pragmatique d'avoir de bons magistrats. Si le principe posé est celui d'une potentielle universalité de la fonction de juge, son application semble imposer un canevas pour guider le choix de ces magistrats. On retrouve dès les premières années un basculement implicite de l'élection vers un certain contrôle du pouvoir politique par les règles qui sont instaurées.

Du fait de ces conditions d'une extrême rigueur, les juges fraîchement élus sont majoritairement des hommes de lois, fortunés bien loin de l'utopie de la Constituante et de l'idéal du citoyen élu par les autres citoyens. C'est ainsi que malgré une certaine réussite dans la mise en place des élections²³⁴, l'utopie ne s'est que trop vite dévoyée pour tendre à l'exact opposé de l'intention première de ce mode de recrutement novateur.

En effet, la composition de l'électorat influençant nécessairement l'élection, son résultat et aura pour conséquence « de se dénaturer au point d'incurver, dans un sens favorable au pouvoir, l'obédience politique des magistrats »²³⁵. Progressivement, l'élection connaîtra une évolution tendant à sa suppression. D'abord réaffirmé sans ambiguïté pour refondre le corps judiciaire²³⁶ à la Convention, l'élection perdra de son autorité par des mesures successives²³⁷ visant le remplacement de juge élu par la nomination pour aboutir à l'abrogation de son principe même²³⁸. Dès lors, si l'ambition première de l'électivité des magistrats est de faire sortir totalement la magistrature de la sphère d'influence de pouvoir royal bien que « la justice soit

²³¹ G. METANIERE, *op. cit.*, p. 59.

²³² Art. 8, loi des 16 et 24 août 1790, *op. cit.*

²³³ Art. 5, décret du 2 septembre 1790 sur l'organisation judiciaire, *Duvergier*, T. 1, p. 354.

²³⁴ V. par exemple : H. LEUWERS, « L'exemple des juges des tribunaux de district du Nord et du Pas de Calais (1790-1792) », in R. CHAGNY, *La Révolution française, idéaux, singularités, influences*, PUG, 2002, p. 303 et s.

²³⁵ G. METANIERE, *op. cit.*, p. 62.

²³⁶ Décret des 19 et 20 octobre 1792 réglant le mode d'exécution de celui relatif au renouvellement des corps administratif et judiciaire, *Duvergier*, T.V, p. 23 et s.

²³⁷ J. POUmarede, « Les tribulations d'un principe républicain : l'élection des juges » ; in J. LORGNIER, *Justice et République(s)*, Lille, L'espace juridique, 1992, p. 93.

²³⁸ « Les individus nommés à des fonctions publiques par les assemblées primaires [...] cesseront toutes fonctions », « Le Directoire exécutif est chargé de nommer aux places vacantes dans les tribunaux », Art. 4 et 5, Loi du 19 fructidor an V contenant des mesures de salut public prises relativement à la conspiration royale, *Duvergier*, T. XXIV, p. 34 et s.

rendue au nom du Roi »²³⁹. Les magistrats se retrouvent enfermés dans une situation que la Constituante avait, à une courte majorité, rejetée dans une position de subordination au pouvoir politique. Du fait de cet échec cuisant de l'élection par une mise en œuvre qui vicia cette ambition et du regain de puissance du pouvoir politique sur les magistrats qui s'en suit sera le terreau fertile d'un basculement progressif vers la nomination directe des magistrats par le pouvoir politique. L'abandon de l'élection entraînera un glissement vers une nomination sans contre pouvoir dès le Consulat et le choix discrétionnaire des magistrats par le pouvoir politique.

Pour anéantir les puissantes Compagnies judiciaires de l'Ancien Régime, le système de l'élection fait rentrer la fonction de juger dans « le métier de citoyen »²⁴⁰ pour en finir avec ces grands corps de magistrats professionnels. Les révolutionnaires se méfiaient des magistrats et de la puissance dont disposait la magistrature. Monsieur Jean-Pierre Royer évoque « des juges élus mais point de magistrature »²⁴¹, ce qui indique le besoin essentiel et pratique de magistrats pour exercer la fonction de juger mais qu'ils ne puissent en aucun cas se regrouper pour former un ensemble cohérent, puissant et, in fine, potentiellement incontrôlable. L'élection est la tentative ratée d'une conciliation entre deux extrêmes : avoir une magistrature clairement détachée du pouvoir politique sans pour autant former un corps indépendant. De ce fait, le principe électif souhaitant le premier et les textes le régissant vers le second rend impossible le succès des deux et conduit à un échec commun.

Ce rejet insidieux du juge et de son potentiel pouvoir transparait de la loi des 16 et 24 août 1790. Si le titre II est appelé « des juges en général », il existe un titre premier appelé « des arbitres ». Ces arbitres étaient mis en avant comme le moyen à privilégier dans les rapports conflictuels entre citoyens²⁴². Le fait que l'arbitre soit défini avant le juge montre l'hostilité de cette loi à l'encontre de la magistrature. Ce « pouvoir » pensé comme séparé du pouvoir politique n'a en réalité qu'une marge de manœuvre extrêmement limitée. Le procédé du référé législatif²⁴³ empêche toute exaltation de la magistrature sur son rôle, sa place en tant que pouvoir. Le référé

²³⁹ Article 1, Loi 16 et 24 août 1790, *op. cit.*,

²⁴⁰ « La légitimité des juges », *ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromis ; Toutes personnes ayant le libre exercice de leurs droits et de leurs actions, pourront nommer un ou plusieurs arbitres pour prononcer sur leurs intérêts privés, dans tous les cas et en toutes matières, sans exception », Art. 1 et 2, loi des 16 et 24 août 1790, *op. cit.*

²⁴³ « Ils ne pourront point faire de règlements mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle », Art. 12, loi des 16 et 24 août 1790, *op. cit.*

législatif correspond parfaitement à la volonté de la courte minorité de la Constituante déniait à la magistrature son statut de pouvoir à travers un rôle amoindri²⁴⁴. Son rôle de soumission à la loi conduit nécessairement à sa soumission au pouvoir exécutif, comme une simple dépendance, une simple fonction qui n'a pas besoin d'avoir d'existence propre.

Le fait que les magistrats soient nommés pour un temps donné sans qu'il ne puisse s'y installer durablement rend impossible toute reformation d'une magistrature stabilisée. Les restrictions de l'élection tendent à rendre la magistrature comme un sous pouvoir, une autorité qui sera dévorée par le pouvoir politique. Si l'élection est un vecteur de création de pouvoir judiciaire, la temporalité des fonctions le détruit complètement. Le décalage entre la volonté originelle qui se dégageait et le texte suivi de son application montre le basculement de conception de la magistrature. Si le texte prévoyait un pouvoir judiciaire distinct de l'exécutif, la mise en œuvre dévoyée de l'élection permet d'apercevoir les prémises d'une magistrature qui deviendra une simple autorité soumise au pouvoir politique. Ce décalage est un compromis entre les deux volontés qui ressortaient des débats de la Constituante. La pratique éloigne l'élection du peuple pour se tourner vers un retour sous le giron du pouvoir politique

Cette compromission de la magistrature en n'ayant pas garanti une pleine et entière élection est le péché originel de la légitimité de la magistrature. L'idéologie d'une autorité judiciaire dominée s'est engouffrée dans ce dévoiement permettant une ouverture pour le contrôle du pouvoir politique sur la magistrature. Ce péché originel ne cessera de troubler la conception de la magistrature encore jusqu'à nos jours.

Le concept de l'élection ne vaut que pour les juges, le ministère public ne bénéficiant pas des supposés bienfaits de cette dernière. La loi des 16 et 24 août 1790 dispose que les officiers chargés du ministère public seront nommés à vie par le Roi²⁴⁵. Dès lors, si tant est que l'élection tend à créer une sorte de pouvoir judiciaire, le ministère public en est d'emblée totalement exclu. Malgré une volonté non dissimulée de refonte totale de la magistrature, le statut du ministère public reste à part de celui des juges continuant cette rupture du corps de la magistrature. Envisager l'émancipation des juges par l'élection et en la refusant clairement au parquet est l'acte fort continuant une dichotomie au sein de la magistrature. Elle empêche également tout esprit d'appartenance à un corps puisque la règle de recrutement est différente.

²⁴⁴ « L'application de la loi est une dépendance du pouvoir exécutif », Cazalès, Arch. Parl., T. XV p. 392.

²⁴⁵ Art. 8, loi des 16 et 24 août 1790, *op. cit.*, p. 311.

Cette distinction participe à la négation de corps de la magistrature et à la soumission d'une fraction de celui-ci au pouvoir politique.

Même si la mise en œuvre a perverti le concept fort novateur de l'élection, ce mode de recrutement ne cessera de rester présent tout au long du XIX^{ème} siècle et d'avoir une place tout particulière au sein des débats sur la réforme du système de recrutement des magistrats. Le concept d'élection sans jamais s'imposer permettra néanmoins de réactiver ponctuellement le débat de la Constituante sur la place du pouvoir politique dans la magistrature qui connaîtra à chaque fois une fin de non-recevoir plus ou moins franche.

II : Une réapparition persistante de cette opposition

Si la mise en œuvre de l'élection sous la I^{ère} République a renié l'objectif prioritaire de légitimation par le peuple en sortant du carcan oppresseur qu'était le pouvoir politique, l'idée conceptualisée par la Constituante n'a en rien perdu de son crédit. Bien au contraire, cet échec a transformé ce mode de recrutement en un symbole de création d'un pouvoir judiciaire.

Elle obtiendra un statut dépassant largement celui d'une tentative mal orchestrée par la Constituante. L'élection est le fruit de la réflexion de la Constituante comme le moyen d'avoir un pouvoir judiciaire. Etant donné, que c'est le seul qui a été discuté, il est évident qu'il prend une place toute particulière dans la possible redéfinition de la magistrature. L'élection est « panthéonisée »²⁴⁶ et entre dans le « catéchisme républicain »²⁴⁷ démontrant alors la dimension prise par l'élection. Ainsi, le principe de l'élection est récupéré par les Républicains les plus affirmés en faisant un des points centraux la pensée républicaine, une ambition à atteindre contre les régimes monarchiques et autoritaires. Une simple manière de recruter les magistrats devient le porte-étendard d'une pensée politique. L'élection est le fer de lance de l'idée du pouvoir judiciaire, le moyen ultime de faire sortir la magistrature de l'emprise du politique. L'élection des juges devient dès lors un mythe imprégné de l'esprit de 89²⁴⁸. Cependant, le mythe peut se définir comme le récit des fantasmes collectifs, un ensemble de croyances, de représentations idéalisées voire ce qui est imaginaire, dénué de valeur et de réalité. La mystification de l'élection la réimposera lors des débats sur le mode de recrutement,

²⁴⁶ J. POUMAREDE, « La légitimité des juges », *op. cit.*, p. 214.

²⁴⁷ J-P. ROYER, Histoire de la justice en France du XVIII^{ème} siècle à nos jours, Paris, PUF, 4^e éd., 2010, p. 700.

²⁴⁸ G. METANIERE, « L'électivité des magistrats judiciaires en France, entre Révolution et monarchies (1789-1914) », in KRYNEN J., *L'élection des juges, études historiques française et contemporaine*, Paris, PUF, 1999, p. 114.

et donc sur l'organisation judiciaire et la magistrature sans pour autant jamais se réimposer. La qualification de mythe pour l'élection élève tellement haut l'idée de l'élection qu'il sera impossible de la redescendre de son piédestal républicain pour lui trouver une application concrète au sein de la magistrature. L'élection prend un caractère confinant au surnaturel, à un idéal hors d'atteinte montrant qu'elle ne peut plus être valablement instaurée.

Le mythe de l'élection est en réalité le mythe du pouvoir judiciaire. La pratique de soumission de la magistrature pour la dénaturer en autorité judiciaire va rendre inconcevable qu'elle puisse devenir un pouvoir à part entière. L'élection est la seule expression connue et revendiquée pour un pouvoir judiciaire irriguée par la pensée d'une petite majorité de la Constituante. Il semble donc cohérent de penser qu'elle reflète cette légitime aspiration de ces républicains.

Sous la Seconde et la Troisième République, des débats sur un changement de mode de recrutement des magistrats ont émergé. Le concept de l'élection ressurgira fatalement sans que le pas de sa réinstauration ne soit franchi par les Républicains. Le dogme de l'élection ne restera qu'une chimère, sans que personne n'ait réellement le courage d'appliquer à nouveau pour la magistrature ce mythe sans l'écorner définitivement.

La dogmatique élection, chevillée au corps des républicains, n'aura de cesse que d'influencer les débats politiques sur son hypothétique réintroduction au sein de la magistrature. Cela permettra de prendre le pouls sur la relation entre politique et magistrature. Ce qui réapparaît ce n'est pas tant l'élection qui n'est que le moyen d'expression de la volonté d'une magistrature en tant que pouvoir judiciaire. Durant toute la première moitié du XIX^{ème} siècle, la littérature républicaine regorge de professions de foi souhaitant réaffirmer la pensée de la Constituante et l'imposer face à la domination du pouvoir politique sur le recrutement des magistrats et de manière plus large sur la magistrature²⁴⁹.

Du fait de la force de ce puissant catéchisme républicain, le principe de l'élection réapparaît au cœur des débats en 1848, au début des années 1870 et 1883 à l'orée des nouvelles Républiques. Le déroulement historique de ces débats tout au long du XIX^{ème} siècle démontre qu'à chaque fois que le principe n'a pas réussi à s'imposer véritablement. Malgré un principe gagnant en vivacité au fur et à mesure des discussions, ces débats se solderont tous par une fin de non-recevoir, par une continuation de la nomination par le pouvoir.

²⁴⁹ V. à ce sujet, J. POUMAREDE, l'élection des juges en débat sous la III^{ème} République, *op. cit.*, p. 115 et s.

À la suite de la Révolution de 1848, il est prévu après la proclamation du suffrage universel, la mise en place d'une magistrature élue²⁵⁰. Une commission se réunit dès le 2 mars 1848 afin de réorganiser les institutions judiciaires. Elle s'interrogeait notamment sur la question de la souveraineté populaire en introduisant la désignation des jurés par tirage au sort sur les listes électorales ce qui induisait nécessairement une réflexion sur l'élection puisque « le fondement du jury n'était autre que celui du suffrage universel »²⁵¹. Cependant, ces réflexions menées n'aboutiront jamais à reprendre de manière effective le concept de l'élection judiciaire, la commission « n'ayant pas eu l'audace et n'a pas franchi le pas »²⁵². Ce manque d'audace tranche nécessairement avec l'expression fournie à propos de l'élection appelant de ses vœux à la mettre en place car « les magistrats offriraient peut-être plus de garanties si l'élection populaire avait une part dans la constitution des tribunaux »²⁵³. Malgré l'absence de prise en compte de cette volonté en 1848, ce dogme réapparaîtra de manière éclatante dès 1870 et les premiers débats amorçant la IIIème République. Le débat sera nourri à la fois par un projet d'élection déposé en 1869 « comme seul moyen de rompre le monopole du pouvoir politique sur le recrutement des magistrats »²⁵⁴ renouant avec la volonté de la Constituante de sortir le recrutement de la sphère de contrôle du pouvoir politique qui sera rejeté et d'une nouvelle commission qui s'intéresse plus à ces questions que celle de 1848. En effet, en 1870, cette nouvelle commission reprend l'idée posée par le projet de 1869 partant du postulat selon Faustin Hélie que « le choix des juges par les juges était désormais impossible » et qu'il est primordial d'avoir une véritable séparation des pouvoirs²⁵⁵. Cependant, l'utopie de 89 laisse place à une forme plus modérée, édulcorée de l'élection prévoyant que le collège électoral ne serait formé que d'élus locaux voir même substituant le recrutement à une simple cooptation selon les opinions divergentes au sein de cette commission. Ce projet a minima, dont les rédacteurs probablement échaudés par l'échec de la Ière République, s'éloigne « du principe républicain de l'élection des juges »²⁵⁶. Ce projet de compromis connaît le même sort que celui de 1848, il n'aboutira jamais. Le dogme républicain a par deux fois échoué à s'imposer alors que les républicains avaient la possibilité de l'instaurer. Une dernière tentative d'instauration eu lieu en 1882 et 1883 où l'élection sans être véritablement envisagée servit d'alibi à une épuration de la magistrature. En effet, autour du débat de la loi de 1883 sur l'organisation judiciaire, bon

²⁵⁰ J. POUMAREDE, Faut-il élire les juges, *op. cit.*, p. 215.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 120.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ C. RENOUVIER, *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, Paris, 1848, p. 34.

²⁵⁴ J. POUMAREDE, L'élection des juges en débat, *op. cit.*, p. 121

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 123

nombre de débats ont lieu sur le principe de l'élection. Le 10 juin 1882, un amendement est adopté par les radicaux et les républicains plus modérés déclarant simplement que « les juges de tous ordres sont élus par le suffrage universel »²⁵⁷. Cette prise d'intention ne fait pas l'unanimité et il ressort des longs débats sur cette question qu'elle divise plus qu'elle ne rassemble les parlementaires hésitant entre l'élection et la poursuite de la nomination par le gouvernement²⁵⁸. Un projet en date du 23 novembre 1882 prévoyait en son article premier l'élection indirecte des juges par des grands électeurs. Il a été repoussé d'emblée en séance le 15 janvier 1883²⁵⁹. Cette déclaration en faveur de l'élection n'est qu'une façade puisque la loi de 1883 reprendra le système des recommandations après avoir épuré la magistrature. L'élection n'était qu'un alibi²⁶⁰, une diversion pour suspendre l'inamovibilité sous la bienveillance du mythe de l'élection avant de revenir au principe de recrutement de l'an III. La possible élection est agitée à la vue des républicains pour justifier l'épuration avant de refermer cette mince brèche.

Ainsi, le dogme de l'élection qui semblait prendre de l'épaisseur au fur et à mesure du XIX^{ème} siècle, des pressions des républicains les plus fervents, des projets d'élection de bonne ou de mauvaise foi, elle n'a jamais pu être réinstaurée. Les longs débats de 1883 ne sont pas sans rappeler ceux de 1790 où opposants et défenseurs de l'élection s'affrontaient autour de cette question. Cependant, le débat ne porte plus sur la conception de la magistrature autour de l'élection comme cela a pu être à la Constituante, mais uniquement sur son principe. Les débats successifs activés par des commissions, des projets des républicains ne prospéreront jamais, ne permettant pas un retour à la conception originelle de la Constituante. Les plus fervents républicains s'accommoderont du pouvoir de nomination qu'ils combattaient si ardemment. Ces différents débats autour de l'élection démontrent l'incapacité de réactiver ce mythe. Ce qui est combattu à travers l'élection, c'est la nomination des magistrats par le pouvoir politique. Cependant, la pratique de nomination a rendu caduque l'élection. Le premier aspect de caducité porte sur la volonté à peine voilée de vouloir converser l'emprise du pouvoir politique sur la magistrature. Le second aspect est l'absence d'alternative en dehors de ces deux modes de recrutement. La Constituante posait une alternative ; soit l'élection soit la nomination par le chef de l'Etat. Puisque l'élection ne peut fonctionner pour les raisons évoquées, il ne reste que la

²⁵⁷ Arch. Parl., Assemblée Nationale, 11 juin 1882, p. 861.

²⁵⁸ V. à ce sujet : débats autour de l'élection des juges, *Duvergier*, année 1883, p. 195 et s.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 207 et 208.

²⁶⁰ J. POUMAREDE, « Les tribulations d'un principe républicain : l'élection des juges » ; in J-P. ROYER, *Justice et République(s)*, Lille, L'espace juridique, 1992, p. 96 – 101.

nomination. Malgré toute la bonne volonté déployée lors du XIX^{ème} siècle sur sa réintroduction, l'élection ne peut valablement s'appliquer.

Le mythe de l'élection est « une idée trop républicaine, trop sulfureuse »²⁶¹. L'élection des magistrats est tellement un dogme, un idéal trop parfait qu'il ne pouvait valablement s'appliquer à la magistrature du XIX^{ème} siècle. Cependant, ce n'est pas l'élection qui est sulfureuse à proprement parler, c'est ce à quoi elle renvoie. Pour la Constituante, l'élection renfermait en son sein le besoin vital pour la magistrature d'être séparée du pouvoir politique, d'être un pouvoir à part entière. Renier l'élection, c'est refuser la conception même de pouvoir à la magistrature.

La confrontation entre le mythe parfait, la pensée pure de la Constituante et la volonté politique de conservation du pouvoir de recrutement sur la magistrature rendait impossible toute modification stable, exemple « d'un hiatus parfait entre de grands idéaux et de médiocres réalités, entre de grandioses débats d'idées et de concrètes applications sans charmes »²⁶². Cette citation du Professeur Jean-Pierre Royer démontre parfaitement la dissonance entre l'esprit de l'élection et la réalité de la relation entre le pouvoir politique et la magistrature. Les échecs successifs des discussions sur sa réintroduction sont la preuve d'une volonté certaine de garder le contrôle sur la magistrature par le biais de la nomination.

Le contexte politique est tellement délicat que même les Républiques n'ont pas pu ou n'ont pas voulu mettre en place l'élection des magistrats. L'exemple de la III^{ème} République est flagrant, l'élection n'a servi qu'à épurer la magistrature avant de se réapproprier le recrutement direct de l'an III.

Malgré l'impossibilité criante d'être mise en œuvre, le mythe de l'élection n'en reste pas moins, théoriquement, le mode de recrutement le plus légitimateur tendant à mettre sur un pied d'égalité le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Il permettrait de rééquilibrer l'ensemble et de répondre à l'objectif manqué de la Constituante de sortir la magistrature de l'emprise du pouvoir politique.

²⁶¹ J. POUMAREDE, « l'élection des juges en débat sous la III^{ème} République », *op cit*, p. 118.

²⁶² J-P. ROYER, *Histoire de la justice, op. cit.*, p. 699.

Paragraphe 2 : L'aspect légitimateur de l'élection en désuétude

L'élection des magistrats, malgré toutes les difficultés de mise en œuvre qu'elle a pu connaître depuis sa théorisation, reste de manière théorique le mode de recrutement le plus légitimateur, le plus à même d'octroyer à la magistrature une place de choix (I). Cependant, le temps passant, elle ne semble plus être une voie envisageable pour garantir à la magistrature son statut de pouvoir (II).

I : L'élection comme mode de recrutement le plus légitimateur

Si Montesquieu, dans *De l'esprit des lois*, exprimait le besoin vital de séparation des pouvoirs, il mentionnait également le pouvoir judiciaire²⁶³. L'élection permet d'élever la magistrature au même rang que celui du pouvoir politique par le vote des justiciables, à l'instar du « recrutement » de l'exécutif ou du législatif. Il serait concevable et avisé de penser que pour tendre à une égalité des pouvoirs, il faut un recrutement par une voie égale.

En élevant au rang de réel pouvoir la magistrature du fait de l'élection, il y aurait l'effet mécanique de faire sortir la magistrature de l'emprise du pouvoir pour son recrutement, comme le concevait la Constituante. L'angle de l'élection permet de prendre en considération la souveraineté populaire comme source de légitimité fondant le pouvoir au même titre que les deux autres. Dans son ouvrage, Maurice Dehesdin expose les difficultés inhérentes de l'argument selon lequel l'élection seule permet une émancipation de la magistrature par justement ce concept de souveraineté populaire²⁶⁴. En effet, en tant qu'argument principal des défenseurs de l'élection, il permet d'obtenir une apparence d'émancipation du pouvoir politique. L'élection des magistrats change fondamentalement de logique par rapport à la nomination ou au concours. Elle n'a pas pour but de choisir un magistrat selon un critère qu'il soit objectif ou subjectif ni même d'éclairer le choix du pouvoir politique. Le recrutement du magistrat par l'élection s'impose au pouvoir politique sans qu'il ne doive avoir un quelconque rôle à jouer dans le processus de recrutement des magistrats.

Si les ouvrages accolent très souvent les mots légitimité et élection, ils le font beaucoup moins avec les mots recommandations et concours. L'élection est le symbole d'une légitimité parfaite,

²⁶³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Paris, Chez Mme Veuve Dabo, 1824, 564 p.

²⁶⁴ M. DEHESDIN, *Etude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, 1908, p. 184 et s.

entière, totale et indépendante de celle du pouvoir politique. Derrière ce symbole parfait, il se cache bon nombre de chausse-trappes ne permettant pas de mettre en adéquation l'idée et sa réalité. À première vue, l'élection est le meilleur moyen de dissocier le politique du juge. Cependant, elle n'est pas sans soulever d'autres problématiques non moins importantes.

Tour à tour, l'élection soulève des problématiques de soumission, non plus au pouvoir politique, mais aux justiciables eux-mêmes. En effet, le principe électif permet de se prémunir de certaines difficultés sans pour autant en éviter d'autres. La première difficulté se pose sur la recherche de la qualité du magistrat élu entre ceux estimant que le peuple saurait faire un choix éclairé²⁶⁵ et d'autres pensant que ce système est impropre à choisir les magistrats les plus aptes²⁶⁶. Il semble évident qu'un tel système rend extrêmement difficile la recherche du plus apte face au plus puissant, au plus implanté en vue d'une élection.

L'autre difficulté majeure réside dans la soumission du magistrat passant de celle du pouvoir politique à celui du justiciable. L'élection crée un lien de dépendance entre le juge et le justiciable. Il devra à la fois batailler pour son élection, plaire à une majorité de justiciables quitte à déplaire à une minorité et tout faire pour être réélu²⁶⁷. Le magistrat ne serait légitime non pas par la souveraineté nationale mais juste celle de la circonscription²⁶⁸. Le magistrat n'est certes plus dépendant du pouvoir politique mais il devient le politique.

L'élection semble être la voie la plus nette pour faire sortir du pouvoir politique la magistrature. En revanche, sa pratique l'a fait plonger en plein dedans. À la lumière de ces grandes difficultés qu'apportent l'élection, elle ne peut être ce moyen idoine. Malgré un aspect théoriquement légitimateur, un rapide examen de droit comparé permet d'affirmer que l'élection est un système extrêmement minoritaire, remettant en cause l'acception selon laquelle elle seule peut valablement légitimer la magistrature en tant que pouvoir politique, en l'émancipant de ce dernier.

En associant les termes élections et magistrats, le système qui ressort d'emblée est celui des États-Unis d'Amérique. Source d'inspiration pour le droit français autour des débats sur l'élection au XIX^{ème} siècle, il reste un cas spécifique et quasiment unique.

²⁶⁵ « Le peuple est admirable pour choisir ceux à qui il doit confier quelque partie de son autorité » Montesquieu cité par M. DEHESDIN, *op. cit.*, p. 185.

²⁶⁶ R. CHARVIN, *Justice et politique*, LGDJ, 1968, p. 186.

²⁶⁷ M. DEHESDIN, *op. cit.*, p. 188 et s.

²⁶⁸ Pensée de Waldeck Rousseau en 1889, cité par R. CHARVIN *op. cit.*, p. 186.

Resté lettre morte en France, le système judiciaire américain connaît et applique le dogme de l'élection. Le recrutement des magistrats américains repose sur un système électif très complexe²⁶⁹. À l'instar de la Constituante française, les constituants américains estimaient qu'« au moment de l'indépendance, la nomination des juges par le seul pouvoir politique exécutif était perçue comme un symbole de l'absolutisme »²⁷⁰. Cependant, dès 1787, la Constitution américaine prévoyait la nomination des juges par le pouvoir. Ce n'est qu'en 1832 que l'État du Mississippi prévoyait l'élection des juges qui s'étend à l'heure actuelle à 39 états sur 50. Les élections peuvent être partisans (présentation du magistrat par un parti politique) basées sur l'affiliation du candidat au parti politique qui furent les premières élections utilisées par dix États. Les élections non partisans intervenues à la fin du XIX^{ème} siècle sont utilisées par 18 États et sont basées sur la personnalité des candidats. Ces deux types d'élection font l'objet d'une véritable campagne électorale politisée ou non, amenant des débats, des financements de campagnes et la réception de soutien public.

Un autre mode d'élection utilisé par dix-sept États (de manière totale) et dix-sept autres (de manière partielle) a été instauré pour s'assurer de la compétence des personnes candidates et pour éviter l'élection d'un juge incompetent. Dès 1914, le « Merit Plan » permet à une commission de composer une liste de personnes aptes à être nommés à travers leurs qualifications et compétences par une autorité élue. A l'issue d'une période probatoire après l'élection et à la fin de son premier mandat, le juge nommé par l'autorité élue est soumis à des « élections de confirmation » et « élections de rétention » où les justiciables peuvent décider de maintenir en poste ou non le dit magistrat par rapport à la perception qu'ont les justiciables de son action. Ces trois types d'élections permettent l'élection des magistrats à des mandats temporaires plus ou moins longs selon les juridictions et les États pratiquant l'élection²⁷¹. Les élections procèdent de différentes méthodes, tantôt directes, tantôt indirectes selon les Etats qui peuvent en utiliser pour les différents degrés de juridictions rendant « toute analyse d'ensemble difficile »²⁷² du fait du caractère hétéroclite que constitue le système fédéral américain laissant une marge de manœuvre importante aux États. L'exemple américain révèle néanmoins que la pratique des élections est viable tout en prenant en considération que les spécificités constitutionnelles américaines rendent impossible toute transposition de la magistrature

²⁶⁹ V. à ce sujet : L.MAYALI, « La sélection des juges aux Etats-Unis », dans *l'élection des juges, op. cit.*, p. 253 – 275.

²⁷⁰ L.MAYALI, *ibid.*, p. 256.

²⁷¹ « La durée du mandat initial peut être de un an en Floride pour les magistrats de la Cour suprême ou de quatorze ans pour ceux de la Cour suprême de New York », *ibid.*, p. 264.

²⁷² *Ibid.*, p. 274.

américaine en France. L'ensemble de ces types d'élections, des disparités entre Etats est d'une complexité importante qui s'est adaptée au contexte spécifique américain.

La pratique du Merit Plan garantissant à la fois la compétence du magistrat combinée à l'onction populaire sur l'action du magistrat semble être néanmoins satisfaisante. En comparaison aux élections directes partisans où le lien magistrature / politique clairement affiché ou à peine déguisé et l'absence réel d'une connaissance de la capacité des magistrats posent de nombreux problèmes au regard de l'évolution de la magistrature française. Ce système de contrôle de capacité des magistrats permet, en partie, de résoudre les problématiques issues de l'élection soulevée également outre-Atlantique avant 1914 et le Merit Plan²⁷³. Dès lors, cette méthode permet de gommer les imperfections du système électif classique.

Entre l'impossibilité constatée en France et une effectivité pérenne aux Etats-Unis de l'élection, il existe un dénominateur commun permettant une comparaison. Alexis de Tocqueville étudia le système Américain et inspira en partie les débats en France sur ce point. À travers son ouvrage *De la démocratie en Amérique*, on peut comprendre en creux pourquoi l'élection est viable aux Etats-Unis et pourquoi elle ne peut l'être en France. Il ressort très clairement de cet ouvrage que la magistrature américaine est bel et bien consacrée comme un pouvoir judiciaire ; au même titre que le pouvoir exécutif et législatif. Dès lors, par le parallélisme des formes, les trois pouvoirs disposent d'une seule et même source de légitimité, le peuple. Avant l'introduction en 1832 de l'élection, Tocqueville relève un courant doctrinal à travers l'exemple d'un auteur américain, le Chancelier Kent, qui précisait que le pouvoir accordé au politique de nommer les magistrats était nécessaire car les hommes les plus propres à remplir ces places ne peuvent jamais réunir la majorité des suffrages. Tocqueville estime que cette pensée est naïve²⁷⁴. L'élection devient un mode stable et à part entière de recrutement des magistrats, la question de la nomination par le pouvoir politique n'est pas abandonnée et reste en concurrence. Si cette pensée est naïve aux Etats-Unis, elle ne l'est pas concernant notre magistrature qui justement est gouvernée par cette pratique de nomination. L'échec de l'élection issu des débats de la Constituante permet d'affirmer qu'au XIXème siècle la magistrature n'était pas un pouvoir mais une simple autorité. Dès lors, l'élection ne pouvait prospérer et être réintroduite. Elle est pérenne aux Etats-Unis car elle s'exerce dans un contexte extrêmement particulier selon une

²⁷³ M. DEHESDIN, *op. cit.*, p. 194 et s.

²⁷⁴ A. de TOQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835, T.1, 2^{ème} partie.

méthode également particulière où l'histoire de la magistrature n'influe pas autant qu'en France.

Au-delà du système américain de recrutement par élection, une écrasante majorité de nations procède différemment pour le recrutement. En effet, l'élection pérenne des juges américains est une exception qui trouve une explication à travers un système politique et juridique très particulier, celui de la Common Law. La Grande Bretagne, disposant d'un système identique, ne procède pas par élection mais par un système de nomination des magistrats. Ce système trouve néanmoins à s'appliquer de manière satisfaisante loin du pouvoir politique, en comparaison de la nomination des juges français comme en atteste la doctrine anglaise dès le milieu du XIX^{ème} siècle²⁷⁵. Les récentes évolutions du système anglais de nomination des magistrats tendent à affermir cette indépendance par la création d'une commission indépendante, la Judicial Appointment Commission étendue à un grand nombre de magistrats depuis la Constitutional Reform Act de 2005 pour un gage de transparence²⁷⁶. Elle est chargée de sélectionner des candidats sur le mérite, de bonne réputation avec un regard particulier sur la diversité des personnes sélectionnées²⁷⁷.

Cependant, l'élection n'est pas une fatalité, comme seule capable de garantir l'indépendance des magistrats, comme seul mode de recrutement. À une échelle macroscopique, l'élection en tant que mode de recrutement fait figure d'exception. Selon un rapport du Conseil de l'Europe, sur les 47 pays membres, il n'existe pas de système unique d'élection directe à proprement parler. Certains États procèdent par élection indirecte effectuée par le pouvoir législatif comme en Serbie, Slovaquie, Lituanie, Estonie ou en Russie sur proposition soit du chef de l'État, soit d'une Cour suprême²⁷⁸. La période soviétique a fortement marqué ces pays de l'Est qui se sont imprégnés de la pratique de l'URSS²⁷⁹. Seule la Suisse connaît un système d'élection directe par les citoyens concurremment à une élection par les tribunaux eux-mêmes ou par nomination

²⁷⁵ « Lord Brougham, dès 1845, examinait les différences des systèmes judiciaires français et anglais, et il opposait l'indépendance solidement garantie des juges de son pays », cité par M. DEHESDIN, *Etude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, 1908, p. 207.

²⁷⁶ *Le recrutement et la formation initiale des magistrats du siècle*. Etudes de législation comparée, Senat, n°164, 2006.

²⁷⁷ Traduction d'une explication rapide du rôle de la JAC issue du site internet de la Judicial Appointment Commission : <https://jac.judiciary.gov.uk/>.

²⁷⁸ « En Serbie, l'élection par le Parlement ouvre une période initiale de 3 ans à l'expiration de laquelle le Conseil Supérieur de la Justice élit les magistrats de manière définitive. En Lituanie, les juges de la Cour Suprême sont élus par le *Seimas* sur proposition du Président de la République, tandis qu'en Estonie ils sont élus par le Parlement sur proposition du *Chief Justice* (élu par le Parlement sur proposition du Chef d'Etat). Dans le même sens, les juges de la Cour Suprême de la Fédération de Russie sont élus par la chambre haute du Parlement russe sur recommandation du Chef de l'Etat et au regard de l'avis du président de la Cour Suprême ». Conseil de l'Europe, *Systèmes judiciaires européens*, Etudes de la CEPEJ, n°23, éd. 2016, p. 86.

²⁷⁹ M. PICARD-WEYL, « Réflexions sur l'élection des juges », *La Pensée*, 1964, n°115, p. 63 et s.

par le gouvernement²⁸⁰. Le reste des pays du Conseil de l'Europe procède par la nomination par le pouvoir politique. Un consensus massif s'est constitué à l'encontre de l'élection parmi des pays disposant d'un système juridique et d'une histoire proche de celle de notre pays au sein du Conseil de l'Europe. Dès lors, si l'élection indirecte des magistrats est une exception, l'élection directe est une anomalie de recrutement des magistrats. L'échec français sur sa réinstauration tout au long du XIXème s'explique également par le fait qu'elle ne revêt pas d'une importance majeure au vu du contexte globalisé sur le recrutement des magistrats.

Malgré les avantages indéniables que proposent l'élection des magistrats, ce concept ne trouve que peu d'écho au sein de notre magistrature. Cependant, le système de l'élection est sans issue et ne permet pas de garantir la légitimité des juges, légitimité qui a pris une autre voie.

II : Le concept d'élection : une voie sans issue

Par anticipation sur la suite de nos développements et pour mesurer l'effet légitimateur de l'élection, trois modes de recrutement se sont succédés par mouvement de balancier. Tant l'élection que le système des recommandations sont les deux modes originels de recrutement de la magistrature. Le concours n'est apparu que bien plus tard en tant que mode intermédiaire. Si chacun de ces modes n'est pas parfait à différents degrés, la combinaison des trois permettrait d'obtenir un recrutement alliant les avantages de chacun et tout en permettant d'en amoindrir les faiblesses.

Pour schématiser, l'élection possède comme indéniable avantage de conférer une légitimité forte au magistrat par le vote populaire en le détachant du pouvoir politique malgré des problèmes de compétence du candidat, de subordination inévitable avec les justiciables. Le système des recommandations permettait une construction de la magistrature par une reconnaissance directe et puissante des magistrats par le pouvoir politique engendrant une soumission de la magistrature et un recrutement subjectif et arbitraire. Le concours permet une recherche du candidat compétent mais manque cruellement de reconnaissance par les justiciables.

Ainsi, la combinaison des trois permettrait dans un premier temps de procéder à un concours pour rechercher les capables, les plus compétents parmi les candidats avant de les soumettre au

²⁸⁰ V. à ce sujet : Tribunal fédéral Suisse, *L'organisation judiciaire en Suisse*, p. 4, disponible sur le site internet du Tribunal fédéral.

vote des justiciables qui reconnaissent ce magistrat comme légitime puis de soumettre le choix du peuple au pouvoir politique pour l'entériner. La combinaison des trois avantages des modes de recrutement à savoir la recherche d'un capable choisi par le peuple et validé par le pouvoir politique permet en même temps d'occulter les difficultés. En effet, l'élection permet une reconnaissance du magistrat comme étant légitime par le peuple que ne permettait que trop peu le concours stricto sensu. Le concours permet de garantir un candidat capable à l'élection qui éclaire non plus le choix du pouvoir politique mais celui des votants. La nomination par le pouvoir politique permet enfin une reconnaissance du choix du peuple qui entérine le processus. Le magistrat est responsable uniquement devant le peuple garantissant son indépendance et impartialité face au pouvoir politique.

Ce schéma de recrutement parfait est une adaptation du « Merit Plan » américain dans le sens où il prévoit déjà, dès 1914, une combinaison de mode de recrutement. Ce « Merit Plan » à la française pleinement novateur respecte néanmoins l'évolution historique de la magistrature. La commission d'évaluation américaine peut être transposée mais il serait absurde de se séparer du concours qui dans son rôle de recherche du capable est parfait. L'élection de rétention américaine ne serait pas utile ici puisque les justiciables votants savent déjà que le candidat est compétent via le concours. Enfin, la nomination par l'autorité élue déconcentrée aux États-Unis reviendrait comme à l'heure actuelle au pouvoir politique, au chef de l'État.

Par ce mode de recrutement combiné, le magistrat bénéficierait d'une légitimité méritocratique et démocratique avec le pouvoir politique qui effectuerait simplement une reconnaissance de cette légitimité nouvelle, reconnaissance qui cependant n'aurait plus vocation à être assimilée à une légitimité autocratique. L'élection est le chaînon manquant du processus actuel de recrutement à savoir un concours puis une nomination. Il permet de gommer les défauts des faiblesses légitimatrices du concours tandis que le concours et la nomination gommant les défauts de l'élection. Cependant, cette potentielle trilogie légitimatrice du magistrat ne pourrait connaître d'application viable à notre magistrature.

L'histoire de la magistrature sur le mode de recrutement démontre bien l'inefficacité de tout changement brutal sur sa forme. Toute modification se fait sur une base établie et stable. Dès lors, cette trilogie légitimatrice pourrait trouver à s'appliquer à une fraction de la magistrature, celle du parquet. Sans trop anticiper sur des développements cruciaux concernant la problématique des magistrats du ministère public, ce sont bien ces magistrats qui connaissent un déficit de légitimité par rapport à ceux du siège.

Ainsi, sans bouleverser l'ensemble des équilibres de la magistrature actuelle au regard de la magistrature du siège et en prenant en compte la spécificité admise et souhaitée par le pouvoir politique du ministère public, on pourrait appliquer ce nouveau mode combiné de recrutement pour leur conférer une légitimité certaine. Afin de faire sortir le parquet de l'emprise politique du garde des sceaux, il n'y a pas d'autre meilleure méthode que de procéder à une élection. En reprenant le « Merit Plan » à la française, la partie novatrice de l'élection qui s'intercalerait entre le concours, la formation et la nomination porterait sur l'approbation d'un programme de politique pénale que conduirait le procureur élu dans le ressort du Tribunal de Grande Instance. Ce système permettrait de mieux prendre en compte les aspirations judiciaires des justiciables par rapport à la configuration locale qui est nécessairement particulière. Ces programmes de politique pénale seraient approuvés en amont de l'élection par le Conseil supérieur de la magistrature qui s'assurerait de la cohérence et de la viabilité des programmes locaux pour valider les candidatures. Le procureur élu serait alors nommé par le Président de la République pour conduire sa politique pénale approuvée par le peuple dans son ressort. Il semble évident qu'à l'instar des élections du pouvoir exécutif, ce mandat ne doit pas être impératif pour garder une certaine latitude pour le ministère public.

Cette proposition difficilement applicable permettrait néanmoins de réintroduire une dose infime d'élection au sein de notre magistrature, garantissant une légitimité nouvelle à la fonction de procureur tout en conservant les garanties actuelles de recrutement, de formation, de carrière ou de discipline. Tout projet d'élection est devenu utopique depuis le XIX^{ème} siècle car l'idée séduisante de l'élection est morte en même temps que l'impossibilité de réintroduction à un moment où le concours n'existait pas. Si l'élection était difficile à réintroduire au XIX^{ème}, elle est impossible aujourd'hui.

L'instauration de l'élection emporterait pour la magistrature une reconnaissance, une légitimité potentiellement importante. Cependant, il existe une hostilité patente à un tel changement.

Dans son ouvrage, Monsieur Jacques Krynen²⁸¹ dépeint brillamment l'hostilité des magistrats à l'égard de l'élection qui ne serait qu'une mauvaise idée. Il relève que depuis les années 1960, diverses revues syndicales de la magistrature rejettent constamment l'idée d'une réinstauration de l'élection en France. Elles avancent que l'expérience avortée lors de la Révolution empêche le retour de l'élection, que celle-ci tendrait à placer les magistrats dans une situation de dépendance politique, que l'élection ne peut fonctionner que pour les magistrats non

²⁸¹ J. KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges*, op. cit., p. 380 et s.

professionnels comme pour les conseillers prud'homaux et les juges consulaires et que le concours est le mode le plus sûr et démocratique de recrutement couplé avec l'ENM. Plutôt que de convaincre les magistrats réticents, ils répondaient avec force dans la revue *Nouveau pouvoir judiciaire* que « des juges élus sur le mode des hommes politiques ne jouiraient d'aucune crédibilité, l'exigence majeure d'impartialité faisant défaut ; des juges élus disposeraient ipso facto d'une immunité disciplinaire ; l'élection des juges menacerait l'impératif de sécurité juridique, le recrutement étant laissé au hasard ; conclusion : juger est un métier et toute légitimité ne découle pas des urnes »²⁸².

Il ressort de ces arguments le rejet total de la part des magistrats d'un changement de recrutement. Il est possible de relever la même opposition à l'égard des politiques qui dans divers projets de réflexions sur l'élection des juges estimant fantaisiste le retour à l'élection comme source exclusive de légitimité. Elle passe avant tout par « sa fonction qui est d'appliquer la loi, des modalités de sa nomination, de sa compétence et de son serment »²⁸³ qui reprend l'argumentaire des syndicats de la magistrature.

Sur la question du mode de recrutement si conflictuelle historiquement entre le pouvoir politique et la magistrature, le non débat sur l'élection et le consensus sur son rejet démontre une situation de statu quo qui convient aux deux. En effet, le concours en tant que forme parfaite de recherche et d'information des candidats à la magistrature pour le pouvoir politique donne aux magistrats une garantie suffisante et objective de recrutement et au pouvoir le maintien d'un rôle dans le recrutement. Chacune des deux entités conservent par le concours une parcelle non négligeable de contrôle sur le recrutement. Instaurer l'élection ferait perdre aux deux tout contrôle sur le recrutement des magistrats.

Le pouvoir politique n'aurait plus d'emprise réelle sur la nomination des magistrats et la magistrature perdrait tout contrôle effectif sur le recrutement. Le concours est un recrutement objectif basé sur la compétence des candidats extrêmement rationnel, le passage vers une réélection ferait perdre le caractère certain et rationnel du recrutement. Par l'élection, le capable n'est plus certain d'être magistrat alors qu'avec le concours c'est nettement moins aléatoire.

Le concours procède d'une légitimité par méritocratie où les meilleurs sont choisis grâce à leurs capacités et uniquement cela. La légitimité démocratique ne procédant pas de la même logique, il est certain que les magistrats seraient réticents. Abandonner le concours, c'est abandonner

²⁸² *Ibid.*, p. 382.

²⁸³ *Ibid.*, p. 383 et 384.

une certaine sécurité sur le recrutement au détriment d'une voie plus incertaine. Le choix est binaire pour les magistrats concernant le recrutement, soit ils privilégient une légitimité méritocratique disposant d'une force moyenne mais certaine, soit une légitimité démocratique forte mais incertaine.

La lutte centenaire aboutissant enfin au concours combiné à la sécurité qu'il offre rend tout basculement vers l'élection hasardeuse en l'état actuel des choses. Confier sa légitimité non plus à son seul mérite mais à l'avis populaire est un gouffre que ne semble pas vouloir franchir ni les magistrats, ni le pouvoir politique. Bien que l'élection puisse disposer d'avantages indéniables pour notre magistrature actuelle, elle ne peut valablement trouver à s'appliquer. La théorie posée par la Constituante à savoir que le pouvoir judiciaire procède de l'élection des magistrats qui le compose est révolue. Les débats contemporains sur l'élection permettent de reposer à nouveau les questions posées en 1790 et tout au long du XIX^{ème} siècle mais ne peut légitimement réintroduire l'élection comme voie de recrutement de la magistrature. Les débats sur l'élection de la Constituante, à ceux du XIX^{ème} et à l'heure actuelle ne porte pas réellement sur l'élection stricto sensu mais bien sur ce qu'elle représentait à la Révolution, le pouvoir judiciaire. L'élection apparaissait comme le seul moyen d'avoir une magistrature détachée du pouvoir politique, le seul discuté et envisagé par la Constituante.

Le débat créé par la Constituante entre pouvoir et autorité judiciaire à travers l'élection s'est depuis totalement déportée sur d'autres critères d'appréciations. L'élection est devenue un faux débat, une fausse bonne idée. Elle est certes séduisante et légitimatrice mais est aujourd'hui totalement dépassée. L'évolution de la magistrature a rendu caduque l'élection. La dichotomie sémantique pouvoir et autorité judiciaire passera par d'autres discussions. Néanmoins, un rapport du think tank Terra Nova, estimant que l'élection n'est pas une idée d'avenir, invoque une autre méthode de recrutement, l'échevinage. Il est l'alliance de magistrats professionnels et de magistrats non professionnels au sein d'une même juridiction. Ce groupe de réflexion propose de mixer citoyen et juge pour gagner en lisibilité, en confiance pour les justiciables²⁸⁴ notamment lors des audiences correctionnels à juge unique pour tendre à une collégialité. Une telle tentative a été lancée peu de temps après ce rapport²⁸⁵. Cette expérimentation fit long feu, d'abord restreinte²⁸⁶ puis totalement abandonnée. En 2013, Madame Christiane Taubira, garde

²⁸⁴ D. LUDET, D. ROUSSEAU, « La justice : un pouvoir de la démocratie », Terra Nova, 2011, p. 59 – 62.

²⁸⁵ Loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, JORF du 11 août 2011, p. 13744.

²⁸⁶ Arrêté du 13 juin 2012 précisant l'étendue de l'expérimentation des dispositions prévoyant la participation de citoyens assesseurs au fonctionnement de la justice pénale, JORF du 23 juin 2012, p. 10336.

des sceaux, expliquera dans un communiqué qu' « en dépit de certains aspects positifs, la réforme des citoyens-asseurs a augmenté le coût de la justice et allongé les délais d'audiencement sans que l'image de celle-ci ne s'en trouve améliorée »²⁸⁷. Les raisons de cet échec sont tant pragmatiques que conceptuelles. En effet, au-delà des difficultés inhérentes à la lourdeur d'une telle innovation, cette tentative ne répond pas à l'avantage attendu de l'échevinage. Elle ne permet pas de faire mieux comprendre la justice au citoyen, d'avoir une confiance retrouvée en la justice, in fine, de mieux légitimer la magistrature. L'échevinage, version édulcorée de l'objectif premier de l'élection, connaît un échec. Tant l'élection que l'échevinage, ils renferment en leur sein la notion du citoyen agissant comme un magistrat comme le prévoyait la Constituante. Leur double échec démontre que la place du citoyen n'est pas forcément d'être, d'agir en tant que juge mis à part en matière criminelle²⁸⁸. Autre preuve de l'affaiblissement du principe électif dans une des juridictions échevinales les plus symboliques, une réforme de 2016 sur la désignation des membres des Conseils des prud'hommes a abandonné l'élection au profit de la nomination par le pouvoir politique²⁸⁹.

Il semble clair que la Révolution française et la Constituante ont ouvert deux voies bien distinctes ; soit l'élection soit la nomination par le pouvoir politique. L'évolution historique démontre que la première de ces voies et ses potentiels dérivés n'ont pas ou plus vocation à s'appliquer. Dès lors, la nomination par le pouvoir politique restera le seul axe de création de la magistrature. L'élection était la voie la plus simple, la plus séduisante théoriquement pour garantir l'indépendance de la magistrature du pouvoir politique. C'est ainsi que va se créer un paradoxe qui à ce jour n'est pas entièrement résolu. Comment garantir l'indépendance de la magistrature si la seule voie possible est la nomination par un pouvoir dont elle est censé ne pas dépendre ? Problème insoluble de prime abord, mais qui trouvera une réponse pour combiner ces deux aspects antinomiques de la relation magistrature / pouvoir politique.

La première réponse apportée à l'échec de l'élection a été une reprise en main brutale de la magistrature par une nomination des magistrats de manière discrétionnaire.

²⁸⁷ Communiqué de presse de Christiane Taubira, garde des sceaux, ministre de la Justice, « Arrêt de l'expérimentation des citoyens assesseurs », 18 mars 2013.

²⁸⁸ Le jury criminel connaît une certaine pérennité depuis la Révolution française et peut exister du fait d'un contentieux moindre qu'en matière délictuel, ce qui évite les dangers et inconvénients pragmatiques évoqués ici.

²⁸⁹ « Art. L. 1441-1.-Les conseillers prud'hommes sont nommés conjointement par le garde des sceaux, ministre de la justice, et le ministre chargé du travail tous les quatre ans par conseil de prud'hommes, collège et section, sur proposition des organisations syndicales et professionnelles selon les modalités fixées au présent chapitre. », Ordonnance du 31 mars 2016 relative à la désignation des conseillers prud'hommes, JORF du 1^{er} avril 2016, texte n°41 ; décret du 11 octobre 2016 relatif à la désignation des conseillers prud'hommes, JORF du 13 octobre 2016, texte n°27.

Section 2 : La nomination comme unique alternative

La Constituante fait éclore deux conceptions antinomiques concernant le rôle du pouvoir politique sur la magistrature soit une magistrature indépendante par élection soit une magistrature dépendante par nomination. La première ne pouvant prospérer, il ne reste que la seconde.

Dès lors, la nomination prendra l'espace laissé béant par l'échec de l'élection pour s'enraciner durablement au cœur de la relation du duo pouvoir politique et magistrature (Paragraphe 1). Cet enracinement de la nomination a créé de manière mécanique un lien de dépendance de la magistrature envers le pouvoir politique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La pérennisation de la nomination

La nomination connaîtra une pérennité temporelle exceptionnelle bravant les remous du XIX^{ème} siècle (I). Si la nomination s'est imposée de façon durable, cela s'explique par des raisons pragmatiques, pour la création d'une magistrature stabilisée (II).

I : La constance du mécanisme de nomination des magistrats par le pouvoir politique.

Du fait de son impossible effectivité et son improbable retour, l'élection a fait place nette au pouvoir de nomination des magistrats de l'ordre judiciaire détenu par le Chef de l'État, titulaire du pouvoir exécutif, autorité du pouvoir politique. Le pouvoir de nomination direct renferme également en son sein le recrutement des magistrats. Cette faculté permet à la fois de recruter le magistrat et de le nommer par le seul acte de nomination direct par le pouvoir politique.

Si le recrutement d'un magistrat peut se définir comme le choix opéré selon un ou des critères déterminés, la nomination se définit comme l'entérinement de ce choix. Dès lors, la nomination permet d'entériner un choix qu'il contient déjà en son sein. Sa confirmation emporte le choix avec elle. Cette capacité de choix du magistrat est donc capitale et revêt une importance centrale dans la construction de la magistrature. Le pouvoir politique va se saisir de ce mécanisme et l'ancrer au niveau constitutionnel.

Ce pouvoir si particulier, créant un pont entre l'exécutif et le judiciaire dans un système de séparation des pouvoirs, prend forme dès le Consulat et se pérennise jusqu'à la Vème République.

Ainsi, dès le Consulat, l'article 41²⁹⁰ de la constitution de l'an VIII dispose que « [le Premier consul] nomme tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation ». Concernant les juges de paix, « l'assemblée de canton désigne deux citoyens sur lesquels le Premier consul choisit le juge de paix du canton »²⁹¹ qui seront « nommés pour dix ans »²⁹². La Constitution de l'an XII sur l'Empire prévoit la nomination des magistrats de la Haute Cour impériale tous nommés à vie par l'Empereur²⁹³.

La Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 de la Restauration prévoit que « toute justice émane du roi. Elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue »²⁹⁴. Il en est de même pour les juges de paix en son article 61. La Monarchie de juillet reprend au sein de sa charte les mêmes dispositions²⁹⁵. Cette faculté échoit au Roi et demeurera une « prérogative royale »²⁹⁶.

La Seconde République permet la nomination à vie de l'ensemble des magistrats. Ainsi, « les juges de paix et leurs suppléants, les juges de première instance et d'appel, les membres de la Cour de cassation [...] sont nommés par le président de la République »²⁹⁷. Il est fait référence à la distinction entre magistrats du siège et du parquet. L'article 86 prévoit que « les magistrats du ministère public sont nommés par le président de la République »²⁹⁸. Concernant les magistrats visés par l'article 85 de la constitution, il est prévu leur nomination à vie²⁹⁹.

Contrairement à la Constitution de la Seconde République, la Constitution du 14 janvier 1852 ne porte pas la même attention à la précision. En effet, cette dernière se contente de préciser que « le président de la République est le chef de l'Etat [...] il nomme à tous les emplois »³⁰⁰.

²⁹⁰ Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799).

²⁹¹ Art. 8, Constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802).

²⁹² Art. 9, *ibid.*

²⁹³ Article 105 et 106, Constitution 28 floréal an XII (18 mai 1804).

²⁹⁴ Article 57.

²⁹⁵ Articles 48 et 58, Charte constitutionnelle 14 août 1830.

²⁹⁶ P. VIELFAURE, *L'évolution du droit pénal sous la monarchie de Juillet entre exigences politiques et interrogations de société*, PUAM, 2001, p. 174 et s.

²⁹⁷ Article 85, Constitution 4 novembre 1848.

²⁹⁸ Article 86, *ibid.*

²⁹⁹ Article 87, *ibid.*

³⁰⁰ Article 6, Constitution 14 janvier 1852.

Le Sénatus-consulte du 21 mai 1870 reprend cette même logique de l'empereur qui nomme à tous les emplois³⁰¹.

À la chute du Second Empire, la loi constitutionnelle du 25 février 1875 en son article 3 reprend la formulation de la Seconde République et du Second Empire en disposant que « le président de la République [...] nomme à tous les emplois civils et militaires »³⁰². La parenthèse du régime de Vichy n'échappe à cette faculté de recrutement nomination. La loi du 27 juillet 1940 prévoit une nomination des magistrats par acte administratif³⁰³.

La Constitution de la IV^{ème} République prévoit que « le président de la République nomme, sur présentation du Conseil supérieur de la magistrature, les magistrats, à l'exception de ceux du parquet »³⁰⁴.

Au-delà du simple fait de dresser une liste des dispositions constitutionnelles prévoyant la nomination par le pouvoir politique des magistrats qu'ils soient du siège ou du parquet, pour une durée déterminée ou non, il est à remarquer l'exceptionnelle longévité de ce mécanisme malgré les changements de régimes successifs. Cette nomination valant également recrutement dépasse dès lors les contingences politiques.

Tous les régimes politiques depuis le Consulat jusqu'à la V^{ème} République prévoient de manière plus ou moins explicite la capacité pour le pouvoir politique de nommer les magistrats. Il est effectivement exceptionnel de retrouver une telle constance.

Si pas moins de neufs régimes politiques se sont succédé depuis 1799 et le Consulat, cette faculté a pu subsister et traverser les différentes Constitutions³⁰⁵. De plus, cette succession de régime politique s'est faite à travers des régimes très différents. La nomination du magistrat par le pouvoir politique est donc l'un des dénominateurs communs entre un régime impérial, monarchique, républicain et même autocratique sous Vichy.

Cette capacité de nomination est maintenue malgré l'appellation attribuée à la magistrature par le pouvoir politique telle que pouvoir judiciaire, autorité judiciaire ou bien corps judiciaire³⁰⁶.

Pareille constance de la nomination par le pouvoir politique malgré les soubresauts du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle interroge nécessairement sur sa nécessité. En effet, si une

³⁰¹ Art.14.

³⁰² Art. 3, loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs.

³⁰³ Loi du 27 juillet 1940 relative à la forme des actes administratifs individuels, JORF du 28 juillet 1940, p. 4585.

³⁰⁴ Article 84, Constitution 27 octobre 1946.

³⁰⁵ C. FILLON, *Devenir juge : mode de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, PUF, 2008, p. 6.

³⁰⁶ J-P. ROYER, *Être juge demain*, Lille, 1983, p. 120 et s.

telle capacité survit au feu des changements incessants de régimes politiques et des troubles qu'ils apportent, c'est qu'elle revêt une importance capitale dans la construction et la structuration de la magistrature post révolutionnaire.

Si une telle longévité est rendue possible, la nomination doit avoir des intérêts et des raisons de la maintenir au-delà de la simple possibilité d'y recourir. Elle répond à de multiples nécessités. En effet, cette longévité s'explique car « il y avait un besoin urgent des juges pour fonder la République, que le Consulat et l'Empire n'avaient pas davantage rompu [le lien entre le pouvoir politique et la justice] parce qu'il convenait à leur philosophie politique, que les régimes postérieurs n'avaient pas plus brisés parce qu'il leur convenait tout autant »³⁰⁷. De ce fait, ce mécanisme de recrutement qu'est la nomination est autant nécessaire au pouvoir politique qu'il lui est utile et pratique.

II. Un processus de nomination contrôlé par le pouvoir

Après avoir constaté la pérennité de la technique de nomination, il convient de s'intéresser aux raisons d'une telle pérennité. La nomination du magistrat au XIX^{ème} siècle allait bien au-delà d'une nomination stricto sensu, elle permet à la fois de nommer, certes, mais surtout de recruter le magistrat. La nomination est le point de départ et d'ancrage de toute la magistrature.

A contrario de l'élection qui était un recrutement éclaté du magistrat, la nomination concentre le recrutement dans les seuls mains du pouvoir politique, incarné par le garde des sceaux qui joue un rôle central³⁰⁸. Il est le personnage clé de la nomination des magistrats. La nomination est un mode de recrutement qui passe forcément par un biais unique, ici le garde des sceaux.

La question qui s'impose en consacrant la nomination comme mode de recrutement est de savoir qui va être recruté, nommé.

Le biais utilisé pour choisir les futurs magistrats à nommer était celui du système des recommandations. Ces recommandations ou présentations sont soumises au Chef de l'État par le garde des sceaux pour les premiers présidents et les procureurs généraux. Pour les autres magistrats, la recommandation transitait par le procureur général et le premier président du

³⁰⁷ J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, op. cit., p. 659.

³⁰⁸ « C'est en réalité du seul choix du ministre que dépendra l'accès de la carrière, d'une signature obtenue derrière les portes closes de son cabinet, comme sous le régime antérieur au décret » L'auteur parle ici d'un décret du 17 avril 1906 intégrant le concours à l'accès de la magistrature ; G. DEMARTIAL, « La nomination des magistrats », *Revue politique et parlementaire*, 1907, T. LII, n° 154, avril, p. 71.

ressort. Le garde des sceaux dressait un rapport avec une liste de trois noms à proposer au Chef de l'État, autorité de nomination³⁰⁹.

Un tel système a été utilisé tout au long du XIX^{ème} et subsista encore au début du XX^{ème} siècle³¹⁰ prenant alors une place centrale dans la nomination des magistrats. Dès lors, les recommandations transmises revêtent une importance capitale dans ce système de recrutement et de nomination.

Ces fameuses recommandations adressées à l'attention du pouvoir politique pour la nomination du magistrat connaissent diverses sources. Les recommandations proviennent de députés, de sénateurs, de journalistes, de fonctionnaires, de magistrats, etc.³¹¹. Ces personnalités jouent alors un rôle de protecteur envers la personne que l'on cherche à faire nommer magistrat³¹². Ces recommandations servent à permettre d'obtenir un premier poste de magistrat ou bien d'obtenir un poste plus important. Ce sont donc les candidats eux même, à travers les recommandations, qui se proposent au pouvoir politique.

Le pouvoir politique est donc le maître absolu de la nomination³¹³ qui peut choisir qui il souhaite. Il ne reste à la charge du garde des sceaux qu'à faire le tri entre toutes ces recommandations. Leur volume peut être important notamment lors d'un changement de régime politique, de garde des sceaux par le changement du décisionnaire à la nomination ou de la disponibilité d'un poste³¹⁴.

La pratique de la recommandation pour la nomination sera bureaucratisée au travers du dossier administratif du magistrat comprenant une chemise intitulée « recommandations »³¹⁵. Dès lors, l'ensemble des recommandations sont conservées permettant d'en connaître les expéditeurs. Ce système fait nécessairement ressortir tant le protecteur que le protégé. L'importance n'est pas tant le magistrat que ses soutiens qui l'appuie. Le facteur déterminant de la recommandation tient à la qualité de celui qui l'adresse au pouvoir politique. Il importe donc de savoir par qui le magistrat est recommandé. C'est ainsi que rentre en jeu les « bonnes recommandations »

³⁰⁹ J-P. ROYER, *op. cit.*, p. 654.

³¹⁰ J-P. ROYER, R.MARTINAGE, P. LECOCQ, *Juges et notables au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1983, p. 29 et s.

³¹¹ M. DEHESDIN, *Étude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1908, p. 108.

³¹² G. DEMARTIAL, « La nomination des magistrats », *Revue politique et parlementaire*, 1907, T. LII, n° 154, avril, p. 71.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ « Redoublement effréné de sollicitations », M. DEHESDIN, *Étude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1908, p. 118.

³¹⁵ A. BANCAUD, « Une nomination judiciaire sous la III^e République », *Genèses*, 26, 1997, Représentations nationales et pouvoirs d'État, p. 155.

émanant des bons protecteurs³¹⁶. Le garde des sceaux fera donc le tri entre les bonnes recommandations et les mauvaises. La question de savoir ce qu'est une bonne recommandation s'impose directement. Une bonne recommandation est une recommandation qui trouve écho auprès du garde des sceaux, auprès du pouvoir politique. On recherche les recommandations des amis influents pouvant agir sur le pouvoir politique³¹⁷.

L'influence du protecteur est l'élément clé pour la nomination du magistrat. La lettre de recommandation comporte en elle l'influence. L'influence politique s'impose à toutes autres considérations dans le cadre de ce recrutement. L'influence contenue par la lettre de recommandations est au premier plan, reléguant « la capacité, le travail, l'intelligence au second »³¹⁸.

La notion de valeur du magistrat est complètement effacée par l'influence ; la recommandation peut en faire état mais cela ne joue pas un rôle décisif. Effectivement, certaines recommandations peuvent être données à la légère, son contenu ne pouvant être d'une véracité parfaite³¹⁹ ou bien la multiplication des recommandations pour un même magistrat peut cacher une absence de mérite, ne pouvant montrer que ces dernières pour obtenir le poste convoité³²⁰. La magistrature se construit alors par la nomination de magistrat sous influence.

Ces recommandations sont gouvernées par plusieurs principes. En effet, elles reposent tout d'abord sur un système de clientélisme où la recherche d'influence est au cœur du système, pour s'attirer les bonnes grâces du pouvoir en échange de bons et loyaux services envers ce même pouvoir³²¹. Un tel système entraîne également le favoritisme. La lettre de recommandation remplace, pour plus de praticité, les conseils avisés pour nommer les magistrats, le garde des sceaux ne pouvant connaître tous les candidats³²². Faveur est donc faite aux plus proches du pouvoir au détriment des plus compétents dans le processus de choix de nomination.

³¹⁶ « C'est le système que l'on veut maintenir, de bonnes recommandations venant de bons députés, de bonnes recommandations venant de sénateurs, de bonnes recommandations venant de bons journalistes, de bonnes recommandations venant de bons fonctionnaires, voire de bons magistrats », M. DEHESDIN, *Étude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1908, p. 108.

³¹⁷ G. DEMARTIAL, « La nomination des magistrats », *Revue politique et parlementaire*, 1907, T. LII, n° 154, avril, p. 71.

³¹⁸ M. DEHESDIN, *Étude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1908, p. 162.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 111.

³²⁰ *Ibid.*, p. 118.

³²¹ P. LHERMITE, « La crise de la magistrature », *La nouvelle revue*, 1901, Vol. 4, p. 103 – 118.

³²² M. DEHESDIN, *Étude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1908, p. 161.

Ce clientélisme/favoritisme crée un système complexe et parallèle à la hiérarchie pour la nomination exigeant de rechercher le bon protecteur, au bon moment, auprès des bonnes personnes, tout ceci dans un climat hautement concurrentiel entre les magistrats³²³. Au-delà de ce favoritisme se développant de manière très générale pour le recrutement de la magistrature, un dérivé en découle sur la relation magistrats – pouvoir politique dans ce processus. En effet, il se développe un népotisme. Egalement dénommé « atavisme »³²⁴, cela consiste pour les hauts magistrats en place de devenir les protecteurs des futurs magistrats à des premiers postes ou des postes plus importants ; favorisant ainsi le fils de magistrat au détriment d'un autre à devenir lui-même magistrat.

Tout cela permet ainsi une reproduction du corps social, permettant de garantir une certaine stabilité à la magistrature. La nomination par recommandation est le mode de construction et de continuation de la magistrature. Le clientélisme, favoritisme, népotisme ou autres sont les principes gouvernant cette construction. Cette forme de reproduction sociale repose sur une relation tripartite composée de celui qui nomme, celui qui est nommé et celui qui fait la jonction entre les deux autres. La seule notion les liant n'est que l'influence recherchée par le nommé via son intermédiaire auprès du nommant. Aucun autre critère ne rentre en ligne de compte dans la nomination ou bien cet autre critère s'effacera devant celui de l'influence. La nomination n'est gouvernée par aucun critère objectif, il est purement et simplement subjectif. L'importance est de savoir si le nommé est compatible avec le pouvoir politique en place, rien d'autre n'est plus important ou n'est exigé à travers la nomination. Elle n'est alors qu'un choix discrétionnaire du pouvoir politique basé sur un critère purement subjectif et déterminant.

En effet, l'exemple d'une recommandation émanant d'une autorité cléricale n'aura aucun impact ou aura l'effet d'une « contre - recommandation » si le régime politique est une république laïque³²⁵. La recommandation jouera un rôle essentiel dès lors qu'elle est en phase avec le pouvoir politique qui la recevra, l'examinera. Si tel n'est pas le cas, il n'y aura aucune possibilité pour ce candidat d'être magistrat ou d'obtenir un poste plus élevé malgré toutes ses potentielles qualités pouvant être considérées comme objectives.

La place centrale occupée par la recommandation n'est pas le fruit du hasard ou d'une heureuse coïncidence, elle n'est centrale que parce que le pouvoir politique y trouve un intérêt.

³²³ A. BANCAUD, « Une nomination judiciaire sous la IIIe République », *op. cit.*, p. 157 et s.

³²⁴ A. DESPLAGNES, « L'ancienne magistrature [1804-1883] », *Revue catholique des institutions et du droit*, 30e année, 1902, 2e semestre, 2e série, vol. 29, p. 239 et s.

³²⁵ J-P. ROYER, *op. cit.*, p. 655.

D'un point de vue pragmatique, le système de nomination par recommandation permet la construction d'une magistrature stabilisée par le biais d'un mécanisme simple et efficace. Le pouvoir politique n'a pas à chercher le candidat aspirant à un premier poste ou un magistrat désireux d'avancement qu'il faudra mettre sous son influence, c'est tout l'inverse en réalité. Ce sont les futurs nommés qui cherchent à obtenir l'influence du pouvoir politique et sont donc demandeurs pour s'y soumettre. Le pouvoir politique ne prospecte pas, il ne fait qu'un tri entre les sollicitateurs de nomination. Puisque le critère est subjectif, il ne peut être apprécié que par le pouvoir politique ; il ne permet dès lors aucun autre contrôle de l'appréciation du choix qui fait à l'aune de ce critère purement subjectif. Le pouvoir politique peut choisir discrétionnairement qui il souhaite sans que cela ne puisse ou soit remis en cause ou en doute.

Enfin, le dernier avantage et surtout le plus vicieux, de la nomination par recommandation est le lien unissant postérieurement à la nomination le magistrat et le pouvoir politique. Le magistrat nommé ne l'est que grâce à l'influence dont il a pu jouir auprès du pouvoir politique et de rien d'autre. Il n'est magistrat que par le bon vouloir du pouvoir politique, notion purement subjective découlant de l'influence. Ainsi, celui qui est nommé est redevable au pouvoir politique, par conséquent il ne peut que lui être docile.

Paragraphe 2 : La création automatique d'un lien de dépendance

La seule nomination par le pouvoir politique des magistrats, à travers la recommandation et tout ce qu'elle emporte, ne peut avoir pour effet que de créer un lien de dépendance, une mise sous tutelle (I).

Afin d'équilibrer le rapport de force pouvoir politique / magistrature déséquilibré par cette influence, il est vital d'y adjoindre un garde-fou, une protection. Cette protection est celle du principe d'inamovibilité des magistrats. Elle est la première garantie de l'indépendance de la magistrature (II).

I : Une mise sous tutelle de la magistrature

Cette magistrature sous influence du pouvoir politique via les recommandations a été pensée d'une certaine manière, dans le but de maintenir un ensemble cohérent et pérenne. La

magistrature a été conçue à travers deux concepts que sont la hiérarchisation et la fonctionnarisation de la magistrature (le second découlant du premier).

La hiérarchisation de la magistrature découle de la conception souhaitée de la magistrature par Napoléon Bonaparte. Avec le double objectif de redonner du lustre³²⁶ tout en gardant ses membres sous son contrôle. Par sa grande loi de 1810³²⁷ qui façonna durablement la magistrature tout au long du XIX^{ème} siècle et même après, il l'envisageait hiérarchisée comme l'armée. Dès la loi du 27 ventôse an VIII³²⁸, la magistrature est structurée par douze classes de magistrats créant de facto une hiérarchie pyramidale. Même si l'indépendance de la magistrature n'était pas « un vain mot » pour Napoléon, elle relève d'une conception très particulière dans laquelle il se mêle à des affaires judiciaires³²⁹.

Ce sur-découpage de la magistrature en douze strates profite au pouvoir politique qui en est le maître à travers la nomination. Accéder à un échelon par une première nomination ou en changer par l'avancement nécessite la recherche de l'influence et son obtention. Le système est donc verrouillé par le pouvoir politique où tout doit passer par lui et sa capacité de nomination.

Afin de concilier une nomination gouvernée par l'influence et par une structure hyper-hiérarchisée y découlant, la magistrature est rentrée dans une logique de fonctionnariat de par l'autorité du garde des sceaux et du pouvoir politique sur les magistrats³³⁰ par nécessité pour perdurer et également par volonté pour contrôler. Un ordre hiérarchique avec à sa tête le pouvoir politique dans lequel l'influence sur les magistrats ne peut tenir que si le pouvoir politique jouit d'un contrôle sur ces derniers. C'est en cela que la magistrature est fonctionnarisée.

Cette conception d'une magistrature fonctionnarisée se heurte à ce qu'elle doit être, ce qu'elle devrait être comme conçue et pensée à l'origine, par la Révolution française, comme indépendante. Du fait que la magistrature soit entendue comme étant fonctionnarisée ; les magistrats tendent à être considérés par ricochet comme des fonctionnaires.

³²⁶ M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 173 et s.

³²⁷ Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, in *Duvergier*, T. XVII, p. 66 et s.

³²⁸ Loi du 28 ventôse an VIII sur l'organisation des tribunaux, in J-C- M.G. DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Imprimerie de F.VITALIS, Aix, 1853, p. 41.

³²⁹ J-L. HALPÉRIN, « L'indépendance des tribunaux : un vain mot pour Napoléon », in T.LENTZ (dir), *Napoléon et le droit : droit et justice sous le Consulat et l'Empire* : actes du colloque de La Roche-sur-Yon, 14-16 mars 2017, CNRS Editions, 2017, p. 143 – 153.

³³⁰ C-J. BOUCHEZ, « La suppression de la hiérarchie judiciaire et l'avancement des magistrats, discours de rentrée à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Paris, 3 novembre 1881 », in *Gazette des tribunaux*, samedi 5 novembre 1881, n°16036, p.1036 et s.

Pareille conception de la magistrature rend illusoire l'indépendance de la magistrature en lui causant une grave atteinte, simple conséquence « d'un mauvais mode de recrutement de la magistrature » couplée d'une hiérarchie³³¹.

Une telle conception des magistrats ne peut valablement prospérer sans remettre en cause l'état du magistrat. La magistrature est dotée d'un fonctionnement particulier, et les membres qui la composent disposent d'un statut particulier. De facto, cela pose problème et rentre frontalement en opposition avec la réalité de la magistrature hiérarchisée et fonctionnarisée.

Bien que nommée par le pouvoir politique, la magistrature doit disposer d'un traitement spécifique pour ses membres. En raison de la nature particulière de son action, celle de rendre la justice, cela « empêche son personnel qu'il puisse être assimilé au personnel administratif ordinaire »³³². Etre magistrat « c'est plus qu'une fonction, c'est un état, c'est plus qu'un état, c'est un sacerdoce »³³³. On comprend aisément que la spécificité d'être magistrat ne peut s'accommoder de la qualité de fonctionnaire, notamment sur les aspects négatifs de contrôle.

Néanmoins, la magistrature si en son ensemble est considérée comme fonctionnarisée, une partie de ses membres sont des fonctionnaires sans que cela ne soit remis en cause. En effet, la magistrature debout est considérée de manière expresse dès la Constituante comme « des agents du pouvoir »³³⁴.

Les fonctionnaires du parquet sont magistrats vis-à-vis du gouvernement, et agents du gouvernement vis-à-vis des tribunaux. Ils sont sous l'autorité du ministre de la Justice pour veiller à la bonne administration de la Justice sous les instructions du ministre³³⁵. Du fait du rôle très spécifique assigné aux magistrats du parquet, ils sont parfaitement assimilables à des fonctionnaires sans que cela ne heurte l'indépendance de la magistrature telle que nécessaire et souhaitée.

Un problème majeur surgit quand cette frontière n'est plus étanche entre ceux qui sont fonctionnaires et ceux qui ne le sont pas. Il est impossible de maintenir une digue de protection pour les magistrats du siège quand la magistrature est fonctionnarisée et qu'une partie de ses membres sont des fonctionnaires à part entière.

³³¹ *Ibid.*

³³² C. CARISH, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Rousseau, 1909, p. 4 et s.

³³³ *Ibid.*, p. 5.

³³⁴ Art. Premier, Titre VIII « Du ministère public », Loi des 16 et 24 août 1790.

³³⁵ *Le journal du ministère public*, Art. 3105, T. 32, Paris, 1889, p. 3 et s.

Ainsi, ce trop fragile équilibre s'écroule car l'élément minoritaire (magistrats du siège) est assimilée, absorbée au majoritaire (magistrature et parquet). La hiérarchisation et la fonctionnarisation de la magistrature issue de la nomination complète l'assimilation des magistrats amovibles et inamovibles aux autres fonctionnaires³³⁶. D'un pur point de vue statutaire, la distinction parquet et siège a totalement perdu son sens, tous deux étant dès lors assimilés à des fonctionnaires concordant alors avec la fonctionnarisation de la magistrature. Le juge du siège a été contaminé par le parquet sur ce point.

La nomination par recommandation mettant la magistrature sous l'influence du pouvoir politique engendra sa hiérarchisation et sa fonctionnarisation pour être viable et contrôlable. Si tant est que ce système soit tant nécessaire au pouvoir qu'il lui est utile, il n'est pas sans poser problème. Censée résoudre les difficultés inhérentes à la magistrature du fait du système de nomination, la fonctionnarisation est en réalité le vice fondamental³³⁷. Le magistrat ne doit pas être considéré comme un fonctionnaire avec tout ce que cela implique, au contraire « un juge doit être autre chose, pour qu'il puisse exercer dignement sa haute et noble fonction, il ne doit être ni subordonné, ni dépendant, ni hiérarchisé »³³⁸. Le système découlant des recommandations empêche le magistrat d'endosser ces différents caractères. Dès lors, l'ensemble des magistrats assimilés à des fonctionnaires sont subordonnés, dépendants du pouvoir et hiérarchisés sous contrôle du ministre de la Justice. La nomination entraîne alors nécessairement une soumission du magistrat et de la magistrature au pouvoir politique. Cette recherche de soumission dans l'optique de cadenas l'ensemble de ce système par nature bancal ressort à travers l'exemple du serment.

On peut déceler, au sein du serment, que la soumission de la magistrature est nécessaire mais également souhaitée. Dès 1830, il est exigé des magistrats de procéder à un serment politique le liant de manière directe au pouvoir politique³³⁹. Ce serment particulier est l'expression parfaite de l'influence au sein de la magistrature, du fait que cette influence soit entérinée. Deux exemples montrent clairement ce que renferme ce serment politique.

Un décret du 22 mars 1852 prévoit que les magistrats auront un délai d'un mois à compter du 29 mars pour prêter serment. Ce serment commence par une formulation qui ne peut pas être

³³⁶ C-J BOUCHEZ, « La suppression de la hiérarchie judiciaire et l'avancement des magistrats, discours de rentrée à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Paris, 3 novembre 1881 », *Gazette des tribunaux*, samedi 5 novembre 1881, n° 16036, p. 1036 et s.

³³⁷ P. ARMINJON, « La fonction judiciaire », *La Revue de Paris*, 1er juin 1920, p. 600.

³³⁸ *Ibid.*, p. 599.

³³⁹ C-J BOUCHEZ, La suppression de la hiérarchie judiciaire et l'avancement des magistrats, discours de rentrée à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Paris, 3 novembre 1881, *op. cit.*, p. 1036 et s.

plus explicite. En effet, il est prévu que le magistrat « jure obéissance à la Constitution et fidélité au président »³⁴⁰. Près de quatre-vingt-dix ans plus tard, un des actes constitutionnels du régime de Vichy prévoit une disposition similaire. Tout magistrat doit faire une prestation de serment qui est la suivante « Je jure fidélité à la personne du chef de l'État » qui n'est d'autre que le Maréchal Pétain³⁴¹. Il est à noter que la pratique du serment politique était reconnue puisqu'il n'a été supprimé qu'en 1870³⁴² n'empêchant cependant pas le régime de Vichy d'y recourir à nouveau.

Ces deux serments issus de deux époques différentes, souhaités par deux régimes politiques très différents visent cependant le même but. Que le magistrat doit jurer fidélité au « prince-président »³⁴³ ou au Maréchal Pétain ne change pas la logique voulue par ce serment, ce dernier impose dès lors une soumission explicite de la magistrature au pouvoir politique. Bien que les exemples d'un serment d'une telle clarté sur la soumission ne sont pas légions, ils démontrent néanmoins que la situation de soumission créée l'influence issue de la nomination.

Bien que le magistrat dispose d'un statut très ambigu de par sa relation avec le pouvoir politique dû à la nomination, sel de notre réflexion, on ne peut pas le considérer comme un fonctionnaire car il dispose d'un privilège qui l'en distingue. À la différence du fonctionnaire, le magistrat est protégé par le principe de l'inamovibilité.

II : Le contrepoids nécessaire par l'inamovibilité

Même sans prendre en compte l'aspect soumission de la magistrature, la nomination par le pouvoir politique des magistrats crée de facto une dépendance mécanique.

Pour qu'un système fonctionne, il doit être équilibré. Pour contre balancer la dépendance des magistrats, il est nécessaire d'avoir un principe d'indépendance du pouvoir politique. Ce grand principe est celui de l'inamovibilité. Avant de s'intéresser à sa mise en place, son effectivité ou bien ses limites, il convient tout d'abord de le définir pour apprécier au mieux ses effets, qu'ils soient réels ou simplement potentiels.

³⁴⁰ Décret du 22-27 mars 1852, *Duvergier*, T. LII, p. 244 – 245.

³⁴¹ Acte constitutionnel n°9 du 14 août 1941, JOEF du 16 août 1941, p. 3438.

³⁴² « Les fonctionnaires publics de l'ordre civil, administratif, militaire et judiciaire sont déliés de tout serment. Le serment politique est aboli », Décret du 10 septembre 1870, *Duvergier*, 1870, p. 321.

³⁴³ Appellation de Louis-Napoléon Bonaparte dans les différents textes législatifs avec comme exemple le décret du 22-27 mars 1852, *Duvergier*, T. LII, p. 244 – 245.

Le principe d'inamovibilité peut se définir comme « la règle en vertu de laquelle un magistrat régulièrement nommé ne peut être destitué ou déplacé dans les cas et sous les conditions déterminés par la loi »³⁴⁴. Au-delà cette définition, qu'il convient d'expliciter, elle emporte bon nombre de conséquences qu'il convient d'exposer.

Il ressort de cette définition trois éléments ; l'autorité de nomination, l'acte de destitution ou déplacement à l'encontre du magistrat et les cas permettant un tel acte. La seule possibilité de déplacement ou de destitution du magistrat passe par l'exercice et la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire permettant que « les incapables et les indignes, [...] éléments nuisibles disparaissent de la magistrature ». Seule une problématique disciplinaire rendant impossible le maintien du magistrat en fonction permet son éviction partielle ou totale du corps de la magistrature.

Dès lors, un magistrat parfaitement capable et digne de son office est protégé. Cette protection fait surgir le troisième membre de la définition de l'inamovibilité, de qui le magistrat est protégé ? La réponse évidente qui en ressort est qu'il est protégé du pouvoir politique.

En effet, le pouvoir politique, en tant qu'autorité compétente de nomination des magistrats, se trouve bloqué, contraint par son choix initial. Il « ne peut plus défaire ce qu'il a fait et il lui est impossible de réparer les erreurs qu'il a pu commettre dans son choix »³⁴⁵.

L'inamovibilité met fin au principe classiquement admis en droit public du parallélisme des formes³⁴⁶. Un décret ne pourrait suffire à lui seul à remettre en cause un décret de nomination d'un magistrat de la part du pouvoir politique. Cet acte « est impuissant à retirer l'investiture ainsi donnée »³⁴⁷. L'inamovibilité est en « définitive une restriction au droit de révoquer »³⁴⁸.

Il est clair, qu'à travers ce principe, le magistrat une fois nommé semble dès lors échapper de l'autorité qui le nomme. C'est ainsi résumé toute l'importance que revêt l'inamovibilité. Cependant, ce principe produit un effet particulier ; mais à partir de quel moment ?

³⁴⁴ J-L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 8.

³⁴⁵ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 1.

³⁴⁶ Principe juridique d'après lequel une décision administrative prise sous une certaine forme ne peut être retirée, annulée ou modifiée qu'en respectant les mêmes formes.

³⁴⁷ J-L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 6.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 5

Plusieurs étapes de la nomination peuvent jalonner la prise d'effet de l'inamovibilité. Quatre étapes peuvent être distinguées parmi le décret en lui-même, sa notification au magistrat, sa publication au Journal Officiel ou bien le serment du magistrat³⁴⁹.

Tandis qu'une partie de la doctrine considérait que la publication du décret de nomination déclenchait l'inamovibilité permettant la connaissance de l'existence dudit décret³⁵⁰, c'est en réalité la prestation de serment du magistrat qui fait office de déclencheur de l'inamovibilité. Cette règle se retrouve à la fois dans la doctrine, la jurisprudence³⁵¹ et un texte réglementaire³⁵² dans le sens où le magistrat n'est vraiment magistrat qu'après avoir prêté serment. Par extension, ce n'est qu'à ce moment précis qu'il devient donc inamovible. Cette logique du serment est parfaitement valable mais peu soulever une difficulté qui ne pouvait exister dans le cas où c'est le décret publié ou donné à la connaissance des magistrats qui faisait courir l'inamovibilité. Si le décret et sa publication sont en même temps la nomination et l'inamovibilité, il peut exister une désynchronisation temporelle entre l'acte de nomination et l'« acte d'inamovibilité » qui peut entrouvrir une vulnérabilité théorique pour un magistrat régulièrement nommé mais pas encore institué.

Certes, le magistrat est protégé du pouvoir politique à partir du moment où il prête serment. Il convient de s'interroger sur le champ de cette protection.

Le magistrat est protégé du pouvoir politique et surtout du potentiel arbitraire qu'il pourrait exercer à son encontre. C'est ici qu'est ainsi posée l'absolue nécessité de l'inamovibilité dans le cadre de la nomination par le pouvoir politique. Pour comprendre au mieux l'effet de l'inamovibilité, il est nécessaire de le rapprocher de la vénalité pour appréhender la relation magistrat / pouvoir politique.

La vénalité permettait au magistrat d'acheter son office et de s'en considérer comme légitime propriétaire sans « que les rois ne pouvaient les en dépouiller en étant les vendeurs »³⁵³. Même

³⁴⁹ C. CARISH, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Rousseau, 1909, p. 58 et s.

³⁵⁰ « La nomination ne ressort pas seulement de la signature apposée au bas du décret, mais aussi de la connaissance légale qui est donnée soit par sa publication soit par l'envoi de son ampliation au magistrat », CARRE, *Traité des lois de l'organisation judiciaire*, Paris 1833, T.1, p. 120, in *ibid*.

³⁵¹ « Il n'est permis de contester la capacité légale d'un magistrat qui a reçu l'institution royale et a été admis à prêter serment, que cette prestation de serment établit en sa faveur une présomption de capacité qui le dispense d'autre preuve », Répertoire Dalloz, Organisation judiciaire, T.1, 1833, Paris, p. 1531. Réflexion posée relative à un arrêt cité par le répertoire : Cass. 2 mars 1889, D. 1889, T.1, p. 340.

³⁵² « L'obligation de prêter serment est imposée [...] C'est la prestation de serment qui investit le magistrat », Circulaire du garde des sceaux, ministre de la justice et des cultes, au sujet de l'application de la loi du 8 décembre 1883 relative à l'élection des juges consulaires, JORF n°56, 16^{ème} année du 26 février 1884, p. 1061.

³⁵³ L. DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 9.

si le Roi est vendeur de l'office de judicature, une fois vendue, elle ne lui appartient plus. La même logique se retrouve à travers le mécanisme de l'inamovibilité. Quand bien même le pouvoir politique nomme le magistrat à son poste, ce même pouvoir ne peut le lui reprendre sur sa seule volonté.

De ce fait, l'inamovibilité permet au magistrat de sortir de la sphère de dépendance mécanique créée par la technique de nomination par le pouvoir politique. Du moins, elle permet de bloquer les effets indésirables de la nomination, puisqu'elle seule est capable de mettre en place la magistrature.

Ce blocage du pouvoir politique par l'inamovibilité emporte bon nombre de conséquences positives pour le magistrat. En effet, la première d'entre elle et sûrement la plus importante est que le magistrat est indépendant, qu'il est « insensible aux sollicitations et aux menaces d'en haut, comme à celle d'en bas. Il peut remplir, selon sa conscience, les devoirs de sa fonction, sans craindre qu'une mesure impérative vienne briser la carrière qu'il a embrassée. Un fonctionnaire inamovible pourra donc rester indépendant vis-à-vis de tous »³⁵⁴. Par l'inamovibilité, tous les magistrats seront à l'abri des influences du pouvoir et donc seront totalement indépendant³⁵⁵ réussissant ainsi l'objectif premier de l'inamovibilité. Cette question de l'influence est cruciale, elle procède tant de l'indépendance que de la légitimité du magistrat. Un magistrat influencé ou potentiellement influençable n'est pas souhaitable et nuit à la légitimité³⁵⁶ du magistrat lui-même et donc pour la magistrature en son ensemble. Le magistrat « ne doit être l'agent de personne »³⁵⁷, ce qui peut paraître contradictoire du fait de la nomination. Bien au contraire, l'inamovibilité permet de résoudre cette contradiction.

Bien que le pouvoir politique le nomme, le magistrat ne doit pas, n'a pas d'ordre à recevoir de ses supérieurs³⁵⁸. Ce dernier n'a ni l'obligation de plaire au pouvoir pour rester en place, ni la crainte du pouvoir politique de perdre cette même place. Cette mise en dehors de la sphère

³⁵⁴ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 2.

³⁵⁵ « Il faut chercher un moyen de les soustraire aux influences ; la société éclairée a bien fini par le comprendre et ce qu'elle a trouvé de mieux pour donner aux juges toute l'indépendance désirable, c'est l'inamovibilité », E. BASQUIN, *L'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille, Le Cateau, Impr. de J. Roland, 1899, p. 62.

³⁵⁶ « S'il n'est qu'un agent révocable ad nutum, comment la pensée de se conformer aux vues du pouvoir qui l'a nommé ne tiendrait-elle pas grande place dans son esprit ! » C.BALLOT, « De l'inamovibilité », *Le Droit*, 15 décembre 1878.

³⁵⁷ G. PIRARD, *L'inamovibilité de la magistrature et nécessité de la maintenir*, Paris, Marchal et Billard, 1879, p. 22.

³⁵⁸ J-L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 84.

politique est le but recherché de l'inamovibilité³⁵⁹ sans quoi elle n'aurait aucun intérêt. L'effet de l'inamovibilité tranche avec le système des recommandations où justement il faut plaire au pouvoir politique pour être nommé.

Enfin, pour renforcer cette nécessité d'indépendance au travers de l'inamovibilité, Benjamin Constant estime que « toute possibilité de révocation, à moins d'un jugement positif, porte égale atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire »³⁶⁰.

La protection de l'arbitraire et des conséquences que cela emporte pour le magistrat sont décisives. Cependant, le bénéfice tiré du principe d'inamovibilité ne peut pas être qu'un bénéfice exclusif du magistrat. Ses bienfaits sont bien plus vastes et encore plus déterminants que sur la résolution des relations entre magistrats et pouvoir politique.

Effectivement, le premier bénéficiaire de l'inamovibilité est de manière certaine le magistrat car il bénéficie d'un statut particulier, d'une protection peu ordinaire. Même si nommé par le pouvoir politique comme les autres fonctionnaires, il n'est pas fonctionnaire³⁶¹ et ne peut en aucun cas y être assimilé³⁶² car ils ont un rôle particulier, celui « de punir les crimes et de juger les différends des particuliers »³⁶³. L'office du magistrat n'est pas « une profession ordinaire »³⁶⁴. Et justement, puisqu'elle n'est pas une profession ordinaire avec tout ce que cela implique, l'inamovibilité permet au magistrat de résister au pouvoir politique, de son influence.

L'inamovibilité transforme le citoyen nommé par le pouvoir politique en un magistrat déclarait, en 1813 à la chambre des députés, Royer-Collard dans un discours résumant toute la complexité et la nécessité de l'inamovibilité pour grandir le magistrat, pour le protéger³⁶⁵.

³⁵⁹ « L'unique raison admissible a été de mettre la magistrature à l'abri de la pression dont elle pourrait être l'objet de la part du gouvernement, agissant dans un intérêt politique » in H. L. Magistrats, « inamovibilité », *Le Journal du ministère public*, T. 21, 1878, p. 242.

³⁶⁰ B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, 2^e éd., Paris, Librairie de Guillaumin, 1872, p. 15.

³⁶¹ « Le magistrat du siège est donc vis-à-vis du pouvoir exécutif dans une situation très différente de celle du fonctionnaire de l'administration [...] l'inamovibilité n'a jamais été considérée comme possible. Les fonctionnaires peuvent être changés, dès qu'ils ne peuvent plus compter sur leurs services », C. CARISH, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Rousseau, 1909, p. 3 et 4.

³⁶² « Le pouvoir judiciaire présente des caractères particuliers qui empêchent que son personnel puisse être assimilé au personnel administratif ordinaire » C. CARISH, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Rousseau, 1909, p. 4.

³⁶³ MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. VI, Chap. VI.

³⁶⁴ C. CARISH, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Rousseau, 1909, p.5

³⁶⁵ « Lorsque le pouvoir chargé d'instituer le juge au nom de la société, appelle un citoyen à cette éminente fonction, il lui dit « Organe de loi, quand vous monterez au tribunal, qu'au fond de votre cœur il ne reste, ni une crainte, ni une espérance ; soyez impassible comme la loi. 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, je suis trop faible. [...] Affranchissez-moi de la crainte et de l'espérance, promettez-moi que je ne descendrai pas du tribunal à moins que je ne sois convaincu d'avoir trahi les devoirs que vous m'imposez. Le pouvoir hésite ... il dit au juge : vous serez inamovible », L.

Dès lors, ce principe d'inamovibilité revêt pour le magistrat un caractère de privilège³⁶⁶, « exceptionnel et en quelque sorte anormal »³⁶⁷. Puisque le magistrat ne peut être un fonctionnaire, qu'il exerce une fonction particulière, il est nécessaire qu'il possède une protection extraordinaire. Ainsi, l'inamovibilité profite bien sûr au magistrat au premier chef, il est le premier concerné par cette protection contre l'arbitraire du pouvoir politique mais n'est le seul³⁶⁸.

En effet, le justiciable est également le grand bénéficiaire de l'inamovibilité du magistrat et de ses effets. L'indépendance du magistrat résultant de l'inamovibilité rejaillit sur le justiciable. L'inamovibilité est nécessairement une « des garanties spéciales de nature à inspirer la confiance aux justiciables »³⁶⁹, « car ce qui importe avant tout, c'est de sauvegarder les droits des justiciables en assurant l'indépendance du juge »³⁷⁰.

In fine, l'inamovibilité est une garantie d'indépendance « vis-à-vis des justiciables et vis-à-vis du pouvoir »³⁷¹ « c'est sa seule raison d'être »³⁷². L'inamovibilité permet de faire un lien entre le pouvoir politique, le magistrat et le justiciable à travers une indépendance qui profite aux trois parties. Si le magistrat est inamovible, il est indépendant et donc légitime. S'il est indépendant, il l'est également des justiciables tout comme du pouvoir politique. Dès lors, il est légitime aux yeux des justiciables. Il devient totalement indépendant.

Au regard de nos précédents développements, on pressent aisément que l'inamovibilité est la première clef de résolution du paradoxe créé par la nomination. L'inamovibilité va de pair avec

DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 3.

³⁶⁶ H. L. Magistrats, « Inamovibilité », *Le Journal du ministère public*, T. 21, 1878, p. 242.

³⁶⁷ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 5.

³⁶⁸ « L'inamovibilité n'a pas été accordé aux magistrats dans leurs intérêt personnel », H. L. Magistrats, « inamovibilité », *ibid.*

³⁶⁹ L. DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 1.

³⁷⁰ E. BASQUIN, *L'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille; Le Cateau, Impr. de J. Roland, 1899, p. 57.

³⁷¹ A. MARCHAL, « De l'inamovibilité des magistrats », *Revue catholique des institutions et du droit*, 6e année, 1878, 2e semestre, 1ère série, vol. 11, p. 272.

³⁷² C. BALLOT, « De l'inamovibilité », *Le Droit*, 15 décembre 1878.

la nomination pour que le système soit équilibré³⁷³ et ne peut exister stricto sensu que dans un tel système³⁷⁴.

En effet, en prenant en exemple l'autre grand système de recrutement des magistrats qu'est l'élection, l'inamovibilité ne peut pas jouer son plein effet car « le magistrat choisi par ses concitoyens ne pourra aucunement être révoqué par le gouvernement, car il est le représentant d'un pouvoir distinct aussi puissant dans la sphère que l'exécutif et non le délégué du gouvernement »³⁷⁵. L'inamovibilité et la nomination par le pouvoir s'obligent l'un l'autre puisque l'un sans l'autre, ils perdent de leur intérêt. La nomination sans l'inamovibilité tend à un système totalement déséquilibré et non viable. L'inamovibilité sans la nomination n'a aucun sens.

Dès lors, l'inamovibilité est la première clef nécessaire de résolution du paradoxe ; de concilier l'indépendance de la magistrature avec une dépendance mécanique par la nomination. L'inamovibilité est la nécessaire contrepartie de la nomination par le pouvoir par une protection du magistrat contre cette dépendance. Si la magistrature est un corps, ces deux principes qui annulent leurs propres contradictions en sont les deux jambes sans lesquelles, elle ne pourrait pas aller très loin.

Ce principe d'inamovibilité semble alors décisif, incontournable. Cependant, la nature même du principe, et donc sa valeur, est soumise à débat. L'inamovibilité peut tantôt être considérée comme un principe constitutionnel tantôt comme un principe à valeur législative. La distinction ne se fait qu'à travers une dichotomie, vrai pouvoir ou simple autorité judiciaire, caractérisant la magistrature renvoyant à la conception de la séparation des pouvoirs voulue.

Ainsi, dans la théorie de la séparation des pouvoirs ; deux courants s'affrontent, celui des deux ou des trois pouvoirs distincts.

Dans celui des deux pouvoirs, la magistrature est une branche du pouvoir exécutif et est donc considérée comme une autorité judiciaire³⁷⁶. Dans celle des trois pouvoirs, la magistrature est

³⁷³ « Dans le système de nomination des juges par le pouvoir exécutif, l'ordre judiciaire ne serait guère indépendant si on ne lui accordait le précieux privilège de l'inamovibilité », E. BASQUIN, *L'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille, Le Cateau, Impr. de J. Roland, 1899, p. 59.

³⁷⁴ « L'inamovibilité proprement dite n'existe donc que dans le système de nomination des magistrats par le gouvernement », L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 5.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 5 – 6.

³⁷⁶ « Nous estimons au contraire, que l'ordre judiciaire n'est qu'une autorité subordonnée au gouvernement, une branche de la fonction exécutive », L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 75.

considérée comme un pouvoir judiciaire autonome³⁷⁷. De cette dichotomie sémantique, la nature de l'inamovibilité fluctuera entre une disposition constitutionnelle et législative³⁷⁸. Dès lors, selon l'appréhension faite de la magistrature, la valeur de l'inamovibilité n'est pas la même. Nul doute qu'un principe législatif comporte en son sein une valeur amoindrie qu'un principe constitutionnel ce qui fait perdre son éclat à ce principe si vital. Cependant, qu'elle soit de nature législative ou constitutionnelle, les effets de l'inamovibilité ne s'en retrouvent pas modifiés non plus.

Néanmoins, la seconde conséquence de cette distinction entre autorité ou pouvoir judiciaire est la protection du principe en lui-même contre son altération qui s'avère théoriquement plus décisive.

En effet, la façon de supprimer l'inamovibilité, selon que ce soit un principe constitutionnel ou législatif, n'est logiquement pas la même. Sans rentrer dans les détails techniques de telle ou telle procédure qui n'aurait peu d'intérêt ici, ce qui est important est la philosophie derrière la façon de supprimer l'inamovibilité. Abroger un principe constitutionnel ou législatif ne relève nécessairement pas des mêmes contraintes, des mêmes implications.

Si l'abrogation d'un principe législatif peut se faire par une loi qui peut abroger une autre loi faisant peser sur le magistrat une perpétuelle menace pouvant surgir le lendemain³⁷⁹, un principe constitutionnel dispose d'une meilleure protection intrinsèque. Pour abroger l'inamovibilité considérée comme un principe constitutionnel, « il faudra pour la détruire une révision, c'est-à-dire des lenteurs, des discussions approfondies, tout un ensemble de précautions qui suffiront à arrêter les entreprises téméraires »³⁸⁰.

On comprend alors qu'au-delà de la sémantique, la nature du principe est primordiale puisqu'elle conditionne sa propre protection et donc sa force. Un principe aussi important s'il n'est pas protégé n'est qu'une « déclaration platonique »³⁸¹. L'indépendance de la magistrature

³⁷⁷ « L'ordre judiciaire forme un pouvoir autonome. A vrai dire, il doit sa naissance au pouvoir exécutif qui nomme ses membres mais dès qu'il est né, il vit d'une existence propre et l'inamovibilité est précisément la condition et la garantie de cette autonomie », E. BASQUIN, *L'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille, Le Cateau, Impr. de J. Roland, 1899, p. 56.

³⁷⁸ « Dans ce système, nul doute que l'inamovibilité ne soit pas un principe constitutionnel, car elle constitue la condition, la garantie, de l'autonomie judiciaire ; [...] L'inamovibilité n'est plus alors une règle constitutionnelle, elle n'est plus qu'une restriction législative apposée aux droits de l'exécutif », L. DEJEAN, *op. cit.*

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 76.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*

est un objectif trop important pour ne pas le sécuriser par une inamovibilité solidement ancrée³⁸² dans le corpus juridique. Bien que la différence de nature n'ait aucune incidence sur la portée de l'inamovibilité, elle produit les mêmes effets. Cependant, la caractériser de principe constitutionnel permet d'en affermir son importance.

L'inamovibilité prend l'apparence d'un principe fondamental au regard de sa présence au XIX^{ème} siècle dans d'autres magistratures, à d'autres systèmes juridiques qui transcendent le simple cadre de notre magistrature française.

Système de Common Law, la Grande-Bretagne reconnaît l'inamovibilité des magistrats précisant que « les juges des cours supérieures sont nommés par la Couronne, et ils ne peuvent être révoqués que sur une pétition des deux Chambres du Parlement. Les juges inférieurs sont nommés par le Lord haut chancelier et peuvent être révoqués par lui dans les conditions prévues par la loi »³⁸³. Le système anglais est allé encore plus loin puisque les juges ne peuvent pas faire partie des grands corps électifs ni d'espérer un avancement trop important par l'objection³⁸⁴ car ils ont d'autant mieux compris les dangers que protège l'inamovibilité. Par exemple, empêcher l'avancement des juges c'est éviter le risque trop important de sollicitations du pouvoir politique pour progresser dans la hiérarchie. En contrepartie de cette absence d'avancement, « les magistrats jouissent de la plus haute considération, et touchent un traitement assez élevé pour pouvoir se contenter de leur position »³⁸⁵.

Ainsi, le système anglais sécurise au maximum l'inamovibilité de ces juges pour atteindre la meilleure indépendance possible des magistrats en tenant le pouvoir politique le plus éloigné de la magistrature. Ces règles servent à annihiler la potentielle influence néfaste du pouvoir politique, autorité de nomination.

³⁸² « L'inamovibilité est bien selon nous un principe constitutionnel qui ne pourrait disparaître que par une révision, [...] l'indépendance des magistrats nous paraît en vertu de ce caractère que nous assignons à l'inamovibilité beaucoup mieux sauvegardée que d'après l'opinion de certains auteurs qui ne voient en elle qu'une simple restriction législative aux droits du pouvoir exécutif, susceptible de disparaître par un vote des assemblées politiques », E. BASQUIN, *L'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille; Le Cateau, Impr. de J. Roland, 1899, p. 61.

³⁸³ M-E. LAFERRIERE, *Les constitutions d'Europe et d'Amérique*, Paris, Cotillon Librairie du Conseil d'Etat, 1869, p. 448.

³⁸⁴ G. PIRARD, *L'inamovibilité de la magistrature et nécessité de la maintenir*, Paris, Marchal et Billard, 1879, p. 46.

³⁸⁵ *Ibid.*

Magistrature inspirée de la Grande Bretagne, les États-Unis d'Amérique connaissent néanmoins une grande disparité dans le système de nomination des juges, tantôt nommés par le pouvoir exécutif tantôt élus par les justiciables eux-mêmes³⁸⁶.

La Constitution des États-Unis consacre en son article 3³⁸⁷ dispose que « les juges, tant des Cours suprêmes que des Cours inférieures, conserveront leur place tant que leur conduite sera bonne »³⁸⁸. Sans la nommer expressément, cet article pose la garantie des magistrats de rester en place sauf s'ils n'en sont plus dignes. On retrouve ici la définition classique de l'inamovibilité.

Cependant, comme relevé peu avant, l'inamovibilité n'a de sens que dans un système de nomination des magistrats par le pouvoir politique, ce qui exclut l'applicabilité de ce principe dans un système d'élection. Certains auteurs, au regard de ce principe d'inamovibilité, estiment que l'élection n'est pas souhaitable et appelle de leurs vœux à la nomination par le pouvoir. Etrange paradoxe que celui qui demande l'indépendance du juge en exigeant la nomination par le pouvoir et non le peuple. Cependant, ce paradoxe se résout de lui-même par l'inamovibilité.

En 1876, Charles Nordhoff, dans son ouvrage « Politics for young americans » estime que le pouvoir devrait nommer les magistrats et non pas être élus, que c'est la seule manière d'obtenir et de maintenir la dignité et la splendeur des tribunaux. Il pense qu'il est absurde et dangereux de rabaisser le juge à le forcer à faire appel à l'élection ; car la justice n'a rien à faire avec les parties politiques. Il se doit de se positionner au-delà d'un conflit partisan. Un tribunal ne doit pas s'occuper du jeu politique, mais uniquement des grands principes³⁸⁹. Comme pour la protection du magistrat anglais, l'enjeu fondamental de la nomination et de l'inamovibilité est de mettre le magistrat hors du champ d'influence et du jeu politique. L'auteur réclame la nomination par le pouvoir juste pour la nomination mais surtout pour l'application du principe d'inamovibilité.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 47 – 50.

³⁸⁷ Nommé « du Pouvoir Judiciaire ».

³⁸⁸ Art. 3, Section 1, Constitution des Etats-Unis.

³⁸⁹ “The judges ought in no case to be elected, but should be appointed for life or good behavior by the executive. Thus only can the majesty and dignity of the courts of justice be maintained. It is absurd and wicked to degrade a judge by forcing him to appeal to the voters for election; because justice has nothing to do with political parties, and ought to be beyond the influence of partisan strife. A court does not deal with policies, but with principles”, C. NORDHOFF, *Politics for young americans*, New York, Harper and Brothers publishers, 1876, p. 39.

Au-delà de ces deux systèmes juridiques particuliers que sont la Grande Bretagne et les Etats-Unis, un grand nombre de nations a adopté plus ou moins explicitement le principe d'inamovibilité au cours du XIX^{ème} siècle.

Par exemple, l'Autriche³⁹⁰, le Portugal³⁹¹, l'Italie³⁹², la Grèce³⁹³ ou le Brésil³⁹⁴ reconnaissent le principe d'inamovibilité en faisant apparaître explicitement le terme inamovibilité.

A contrario, la Belgique³⁹⁵, la Prusse³⁹⁶, l'Espagne³⁹⁷, la Bavière³⁹⁸ ou le Wurtemberg³⁹⁹ consacrent également l'inamovibilité des magistrats sans renvoyer explicitement au terme d'inamovibilité, mais simplement à sa définition classiquement entendue, celle de la protection du magistrat de ne pas se voir remettre en cause sa nomination par l'unique volonté du pouvoir politique.

Malgré des disparités des termes de sa définition, de son effectivité ou de ses modalités de mises en œuvre, le principe même d'inamovibilité semble être un principe transcendant le cadre de la seule magistrature française. De plus, dans notre exemple des dix magistratures, l'inamovibilité est intégrée dans des textes constitutionnels. On peut penser alors qu'ils sont considérés comme

³⁹⁰ « Les juges sont nommés à vie par l'Empereur ou en son nom, et sont inamovibles », Art.4, Loi fondamentale de l'Etat du 21 décembre 1867 sur le pouvoir judiciaire.

³⁹¹ « Les juges de droit seront inamovibles, ce qui toutefois n'implique pas qu'ils ne puissent être déplacés, pour le temps et d'après le mode fixé par la loi », Art.120, Titre VI, Charte Constitutionnelle du Royaume de Portugal et Algarve, 29 avril 1826.

³⁹² « Les juges nommés par le Roi, à l'exception de ceux de districts, sont inamovibles après trois ans d'exercice », Art. 69, Statut constitutionnel du Royaume de Sardaigne, 4 mars 1848.

³⁹³ « Les membres de l'Aéropage (Cour de cassation) et les juges d'appels deviendront inamovibles quatre ans après la promulgation de la Constitution, et les juges de première instance six ans à dater de la même promulgation. Dès que les magistrats susmentionnés deviendront inamovibles, ils ne pourront être révoqués que par un jugement », Art. 88, IX. Du pouvoir judiciaire, Constitution du 16-28 Novembre 1864.

³⁹⁴ « Les juges de droit seront inamovibles, ce qui toutefois n'implique pas qu'ils ne puissent être déplacés, pour le temps et d'après le mode fixé par la loi », Art. 153, Titre VI, Constitution du 25 mars 1824.

³⁹⁵ « Les juges sont nommés à vie. Aucun juge ne peut être privé de sa place ni suspendu que par un jugement. Le déplacement d'un juge ne peut avoir lieu que par une nomination nouvelle et de son consentement », Art. 100, Constitution du 7 février 1831.

³⁹⁶ « Les juges sont nommés à vie par le roi ou en son nom. Les juges ne peuvent être destitués ou mis en disponibilité que par un jugement et pour les causes fixées par la loi » ; Art. 87, Titre VI, Constitution du 31 janvier 1850.

³⁹⁷ « Aucun magistrat ou juge ne pourra être privé de son emploi, pour un temps limité ou illimité, sinon par sentence exécutoire ; ni suspendu ; sinon par décision judiciaire, ou en vertu d'un ordre du roi, lorsque celui-ci, avec motifs à l'appui, défère le juge au tribunal compétent », Art.68, Titre X. De l'administration de la justice, Constitution de la monarchie espagnole du 25 mai 1845.

³⁹⁸ « Les tribunaux sont indépendants dans les limites de leurs fonctions judiciaires et ne peuvent être renvoyés ou démis de leurs emplois avec perte de leur appointements que par une sentence judiciaire », Art.3, Titre VIII De l'administration de la justice, Constitution du 19 mai 1818.

³⁹⁹ « Les juges de la Cour des Etats ont les mêmes devoirs que les autres magistrats et ne peuvent, comme eux, être déplacés que par un jugement de la Cour dont ils font partie », Art. 197, Chap. X. De la Cour de Justice des Etats, Acte constitutionnel du Royaume de Wurtemberg du 25 septembre 1819.

des principes constitutionnels avec la valeur et la protection du principe l'accompagnant, sans présumer sur l'existence et l'applicabilité réelle de ce principe, dans les pays mentionnés.

Malgré tout, l'inamovibilité est un principe fondamental pour la magistrature dans le cadre d'une nomination par le pouvoir politique. Plus que cela, il apparaît que l'inamovibilité est une garantie d'indépendance de première génération ; une technique, un mécanisme qui permet de garantir l'indépendance de la magistrature malgré la nomination par le pouvoir politique.

L'inamovibilité est la première clef de résolution du paradoxe de l'indépendance au sein de la dépendance. Ce principe est la première émanation du besoin d'indépendance de la magistrature, qui est la raison de son existence. Il doit contrebalancer la dépendance induite par la nomination par le pouvoir politique.

Après avoir apprécié le principe d'inamovibilité sous sa forme théorique permettant de mettre en exergue ses bienfaits potentiels, ce principe a survécu tout au long du XIX^{ème} siècle prouvant son importance.

Néanmoins, il connaîtra des remises en cause, des limitations, des débats, des interrogations à son sujet. En effet, si la nomination et l'inamovibilité doivent former un tandem, ce dernier est loin d'être équilibré. L'inamovibilité est le plus souvent écartée par divers moyens au profit du pouvoir politique pour permettre la dépendance de la magistrature et annihiler ses effets. Malgré tout, l'inamovibilité n'est pas une entrave suffisamment forte pour le pouvoir politique et empêcher la dépendance. Le pouvoir politique peut s'en affranchir.

Chapitre 2 : La dérégulation de la nomination par la faiblesse de l'inamovibilité

La magistrature repose sur deux principes ; la nomination par le pouvoir politique créant une dépendance devant être compensée par l'inamovibilité annihilant cette dépendance pour rendre la magistrature indépendante du pouvoir politique. Cet équilibre ne va finalement reposer que sur l'aspect dépendance de la nomination car l'inamovibilité sera à la fois contrariée (Section 1) et rejetée (Section 2).

Section 1 : Un principe contrarié

L'inamovibilité est un principe qui s'est affirmé comme étant incontournable. Cependant, il est lourdement contesté malgré son absolue nécessité (Paragraphe 1). Bien qu'essentielle, l'inamovibilité souffre de graves limitations tendant à en limiter ses effets bénéfiques (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La pérennité constatée de l'inamovibilité

De manière paradoxale, à mesure qu'il est consacré, reconnu et réaffirmé par le pouvoir politique (I), le principe d'inamovibilité est, dans le même temps, fortement remis en cause par ce même pouvoir (II)

I : Un principe ancien

Si l'inamovibilité a pris une place prépondérante dans l'instauration et la protection de la magistrature, ce n'est en rien une création spontanée du XIX^{ème} siècle ou de la Constituante. L'inamovibilité puise ses racines dans l'histoire de l'Ancien Régime, qui peut expliquer en partie son importance.

La première trace de ce principe d'inamovibilité se trouve dans une Ordonnance de Philippe le Bel en 1302⁴⁰⁰. Cette ordonnance énonçait qu'une protection était accordée au magistrat⁴⁰¹.

Par cette ordonnance, Philippe le Bel est le premier détenteur du pouvoir politique à protéger les officiers d'une destitution⁴⁰². Cependant, on ne peut considérer cette ordonnance comme une consécration éclatante de l'inamovibilité, simplement « une faveur purement individuelle qui n'engage point l'avenir, un privilège accordé à certains officiers en récompense des services rendus »⁴⁰³. Néanmoins, c'est la première fois que l'on retrouve cette idée de protection « du magistrat » qui ne peut être destitué de son office. Ce principe nouvellement dégagé en 1302 poursuit son enracinement sous le règne de Philippe de Valois par une ordonnance du 9 juillet 1341⁴⁰⁴ confirmée par une autre du 11 mars 1344 disposant que les officiers du Parlement seraient institués à vie dans leur office et qu'ils y demeureraient⁴⁰⁵. On retrouve une nouvelle fois le privilège pour l'officier et son office qui une fois institué bénéficie d'une protection empêchant d'être destitué.

Les ordonnances de 1302, 1341 et 1344 sont les prémisses permettant à un édit de voir le jour, texte communément considéré comme fondateur du principe d'inamovibilité. L'édit du 21 octobre 1467 de Louis XI portant « Lettres sur l'inamovibilité des offices de magistrature et autres »⁴⁰⁶ dispose que « [nous] ne donnerons aucun de nos offices si il n'est vacant par mort ou par résignation faite du gré et consentement du résignant, dont il apparaisse duement, ou pour forfaiture préalablement jugée et déclarée judiciairement »⁴⁰⁷.

⁴⁰⁰ Ordonnance n°379 de 1302 concernant le Parlement, l'Échiquier de Normandie, et les jours de Troyes, in Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, T.II, p. 790 et s.

⁴⁰¹ « il est ordené que il soient résidens au Parlement continument, especialement en la chambre des Plez, li chevalier et li laïs qui s'ensuivent »⁴⁰¹ et qu' « il est ordené que il soient resident au Parlement continument especialement en la chambre des Plez li clerks qui s'ensuivent » Art. 9, *ibid.*, p. 791.

⁴⁰² « Le premier Roy qui rendit en France des officiers perpétuels, et non destituables destitua ceux qui avaient mal agis et confirma les autres en leurs offices », C. LOYSEAU, *Cinq livres du droit des offices*, Paris, 1613, Liv. 1, Chap. 3, n°96, p. 37.

⁴⁰³ L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 13.

⁴⁰⁴ « Pour esquiver les grands inconveniens du temps passé ou celui de chaque jour, il ne donnera plus aucun office ou bénéfice si il ne vaquoit de fait », Mandement par lequel le Roy ordonne qu'une ordonnance précédente du 17 mars 1337 fera observée, portant que les dons que la majesté fera d'offices et de bénéfices, Ordonnance du 9 juillet 1341, in *Ordonnances des roys de France de la troisième race*, Vol. II, p. 166.

⁴⁰⁵ Ordonnance touchant le Parlement, 11 mars 1344, *ibid.*, p. 219 et s.

⁴⁰⁶ *Recueil général des anciennes lois françaises*, 1438-1483, Paris, Verdière, Octobre 1825, p. 541 et s.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 542.

À la lecture de la formulation adoptée par l'édit, on perçoit d'autant mieux pourquoi il est considéré comme fondamental⁴⁰⁸ et fondateur⁴⁰⁹, on y retrouve les éléments de la définition de l'inamovibilité précédemment évoquée. Cet édit pose le principe selon lequel le titulaire de l'office ne peut en être déchu que dans des conditions strictes et précises pouvant remettre en cause ce privilège d'inamovibilité. Le titulaire de l'office est inamovible jusqu'à qu'une cause précise le rende à nouveau amovible. De plus, le terme d'inamovibilité apparaît clairement dans la dénomination de l'édit, ce qui tend à le rendre comme un marqueur important de l'ancrage dans l'histoire de la magistrature d'une garantie qui deviendra centrale pour cette dernière.

Cet édit est confirmé par Louis XI sous la forme d'instructions à Charles VIII, son héritier. L'instruction du 21 septembre 1482⁴¹⁰ réaffirme le principe et ses contours posés dans l'édit de 1467. L'édit posant clairement le principe exprimé bien avant lui et l'instruction le confirmant forment et constituent « les titres authentiques de l'inamovibilité en France »⁴¹¹.

Il convient cependant de s'interroger sur les motivations, les raisons amenant à la consécration de l'inamovibilité par ces deux textes, qui irrigueront la magistrature et sa construction.

Si la définition admise de l'inamovibilité permet de déceler qu'elle est nécessaire pour garantir l'indépendance du magistrat face au pouvoir politique, les raisons de son émergence au XIV^{ème} et XV^{ème} siècle semblent diverger de l'objectif moderne et légitime de l'inamovibilité. Si l'on considère que la réelle consécration de l'inamovibilité est faite par l'édit de 1467 prenant la suite des autres ordonnances, sa motivation n'est pas celle d'un cadeau fait au magistrat, de leur donner pleinement leur indépendance. En effet, l'inamovibilité est d'abord un moyen d'assurer la confiance du Parlement gagnant en puissance⁴¹², et le « prix à payer » était de garantir leur protection de leur office contre l'arbitraire du Roi. L'édit de 1467 suivi le même chemin que les précédentes ordonnances, dans le sens où la consécration de l'inamovibilité ne provient pas d'un choix volontaire mais plus d'une contrainte subie. À la suite de l'épuration de la

⁴⁰⁸ « L'acte de 1467 marque une date importante dans l'histoire du principe d'inamovibilité », A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 48.

⁴⁰⁹ « Louis XI, ce roi sans principes ni moralité, [...] fut l'un des premiers monarques à s'occuper d'une manière sérieuse de l'inamovibilité de la magistrature », G. PIRARD, *L'inamovibilité de la magistrature et nécessité de la maintenir*, Paris, Marchal et Billard, 1879, p. 8.

⁴¹⁰ « Sans aucunement les muer, changer, descharger, desappointer, aucune d'eux, sinon toutes fois qu'il fust ou estoit trouvé qu'ils ou aucun d'eulx fussent ou soyent autres que bons et loyaux, par bonne déclaration en soit faite par justice », P-P-N. HENRION DE PANSEY, *Œuvres judiciaires*, Paris, De Cosse et Delamotte, 1844, Ch. IX., p. 531.

⁴¹¹ Citation d'Albert Desjardins, in A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 46.

⁴¹² « Par les ordonnances de 1337 et 1341, le Roi sentit la nécessité de s'appuyer sur l'autorité sans cesse grandissante du Parlement, Il fallait payer cet appui », L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 14.

magistrature à son début de Règne⁴¹³, Louis XI « souhaitait calmer les esprits, s'attirer de nouveaux amis, et dans ce but faisait des promesses qu'il espérait, du reste, suivant son habitude, pouvoir ne pas tenir »⁴¹⁴. Dès lors, l'inamovibilité consacrée par Louis XI n'est « qu'une mesure prise dans son propre intérêt pour s'attacher ses officiers et non point dans l'intérêt des justiciables ; un engagement moral qu'il ne respecta pas lui-même »⁴¹⁵.

Ainsi, le but recherché originellement n'est pas l'indépendance du Parlement, mais seulement pour s'assurer de son soutien. Le choix de l'inamovibilité est un motif purement politique pour rassurer, plaire, s'attacher les faveurs du Parlement pour le Roi. L'indépendance n'est qu'une conséquence involontaire et mécanique de l'intention première de l'inamovibilité.

Le basculement vers l'inamovibilité comme gage de reconnaissance du Parlement est intervenu à l'aune d'un autre basculement ; le remplacement des seigneurs par des légistes dans les offices. La complexification et le volume de la justice nécessita l'entrée au Parlement de légiste qui prenait progressivement le pas sur les seigneurs⁴¹⁶. Dès lors, ces légistes ne disposaient d'aucune protection puisqu'ils ne bénéficiaient que de commissions et étaient révocables à loisir⁴¹⁷, donc amovibles. Concomitamment à cette absence de protection, le Parlement est doté d'un pouvoir de recrutement en son sein s'imposant au Roi par une ordonnance du Roi en date du 7 janvier 1400⁴¹⁸ gage d'indépendance du pouvoir politique. Ainsi, le pouvoir politique n'avait pas le choix d'octroyer aux légistes la protection d'inamovibilité, éclairant ainsi son ancrage et sa consécration. Prise comme un simple engagement moral pour raison politique⁴¹⁹, l'inamovibilité sera réaffirmée bien plus tard par Louis XIV par une ordonnance du 22 octobre 1648⁴²⁰. Preuve s'il en est du caractère irrémédiable de l'inamovibilité et son puissant enracinement dans la magistrature.

⁴¹³ « Le premier soin de Louis XI dut de se débarrasser des serviteurs de son père qu'il haïssait ; de nombreuses destitutions frappèrent les officiers en place et en particulier les magistrats », *ibid.*, p.21.

⁴¹⁴ L. DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 8.

⁴¹⁵ C. CARISH, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Rousseau, 1909, p. 12.

⁴¹⁶ L. DEJEAN, *op. cit.*, p. 12.

⁴¹⁷ P-P-N. HENRION DE PANSEY, *Œuvres judiciaires*, Paris, De Cosse et Delamotte, 1844, Ch. IX., p. 529.

⁴¹⁸ Art. 18, Ordonnance sur le nombre, les fonctions et les gages des officiers de justice et des finances, 7 janvier 1400, in Ordonnances des roys de France de la troisième race, Vol. XVIII, p. 416.

⁴¹⁹ « L'édit de 1467 lui fournissait un moyen de se tirer d'embarras dans les circonstances difficiles, en accordant tout aux solliciteurs, quitte à violer plus tard sa promesse », in A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 48.

⁴²⁰ « Voulons que l'ordonnance du roi Louis onzième du mois d'octobre 1467 soit gardée et observée selon sa forme et teneur, et icelle interprétant et exécutant, qu'aucun de nos officiers ne puisse être troublé ni inquiété en l'exercice et fonction de sa charge », Ordonnance sur le fait de la justice, police et finances, n°109, in Recueil général des anciennes lois françaises, 1438-1483, Paris, Verdière, T. XVII, p. 92 et s.

Néanmoins, il est nécessaire d'évoquer l'effet relatif et limité dans le temps de cette inamovibilité. Cette limitation était intimement liée à la personne du Roi. En effet, le système des lettres de confirmation remettait en cause l'inamovibilité. La mort du Roi fait expirer le pouvoir du magistrat qui devait attendre d'être à nouveau confirmé pour continuer à juger, le Parlement était considéré comme dissous⁴²¹. Ainsi, l'inamovibilité était nécessairement limitée puisque la mort du Roi rendait caduque la protection qu'il avait accordé. Cependant, ce caractère temporaire fut amoindri par la vénalité des offices.

Une fois que la « vénalité des offices fut incontestablement admise, l'inamovibilité a été sérieusement établie en France »⁴²². Usage très ancien et progressivement ancré dans le droit et la pratique de la magistrature française⁴²³, la vénalité justifie et complète le mécanisme d'inamovibilité. Sans l'inamovibilité, la vénalité ne serait « qu'un marché de dupe »⁴²⁴, la vénalité et la patrimonialité donnent « une base inébranlable au principe d'inamovibilité qui assure l'indépendance absolue du juge vis-à-vis du pouvoir royal »⁴²⁵. C'est grâce à la vénalité que l'inamovibilité prend son plein effet, et c'est l'un par rapport à l'autre qu'ils se justifient.

Ce sont ces textes fondateurs, ces considérations politiques, ces nécessités d'équilibre entre Parlement et pouvoir royal dont hérite la Constituante. Elle est chargée de détruire l'ancienne magistrature et d'inventer la nouvelle. Ainsi et fort logiquement, l'inamovibilité s'invita aux débats de cette assemblée.

Avant tout débat à la Constituante et face à l'abolition de la vénalité réclamée à grand cris par les cahiers de doléances⁴²⁶, le destin de l'inamovibilité fut d'abord évoqué par ces derniers. Si les cahiers demandent l'abolition avec force, ils demandent dans le même temps le maintien de

⁴²¹ L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 16 et s.

⁴²² C. CARISH, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Rousseau, 1909, p. 12.

⁴²³ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 49 et s.

⁴²⁴ C. CARISH., *op. cit.*, p. 13.

⁴²⁵ L. DEJEAN, *op. cit.*, p. 35.

⁴²⁶ « Ils demanderont que la vénalité des charges soit abolie » Baillage de Calais et Ardres p. 513 ; « Sera abolie la vénalité de tous offices de judicature sans que ladite vénalité puisse être rétablie en aucun temps » Baillage de Besançon p.338 ; « La vénalité des charges de judicature blessant la liberté individuelle, demander qu'elles soient remboursées » Baillage d'Aval p. 140 ; « Que la vénalité des charges de magistrature soit anéantie » Baillage de Clermont en Beauvoisis p. 745 ; « On nous demande d'où vient ce grand mépris de la peuple pour les magistrats, on répondra aussitôt que c'est cette malheureuse vénalité des charges, origine de tous nos maux » Baillage de Barle-Duc p. 222 , in MADIVAL et LAURENT, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, T. 2 Etats Généraux – cahiers des sénéchaussées et baillages, Paris, 1879, 796 p.

l'inamovibilité de la même manière. En effet, à de nombreuses reprises⁴²⁷, les cahiers dans leur ensemble demandent que l'inamovibilité soit reprise et consacrée constitutionnellement⁴²⁸.

Il peut sembler illogique et contradictoire de souhaiter l'abolition de l'un et le maintien de l'autre car c'est grâce à la vénalité que l'inamovibilité put prendre toute sa force et s'imposer réellement au-delà de n'être qu'une simple promesse d'apaisement entre le Roi et le Parlement. Néanmoins, les cahiers font la distinction entre la protection en tant que telle d'un côté et ce qui est protégé par cette dernière de l'autre. Si la vénalité est repoussée, il n'empêche que l'inamovibilité est considérée après « une expérience de quatre siècles qui avait fait voir dans l'inamovibilité de ses juges une garantie de bonne justice »⁴²⁹ qu'elle put produire des résultats heureux⁴³⁰. Dès lors, même si la vénalité des offices n'est pas considérée comme un bon moyen de construction de la magistrature, sa protection peut s'appliquer avec autant de résultats heureux à d'autres modes de nomination du magistrat. Les cahiers mentionnaient que cette inamovibilité pouvait s'intégrer avec une élection ou une nomination par le pouvoir politique⁴³¹.

À la suite de ces cahiers de doléances qui ont clairement exprimé le souhait de conserver et d'ancrer encore plus l'inamovibilité dans la magistrature, la Constituante devait ainsi se prononcer sur le maintien ou non de ce principe issu de l'Ancien Régime. Si les cahiers de doléances se prononcent majoritairement pour l'inamovibilité, les débats de la Constituante sont moins tranchés et les oppositions y sont fortes. Les adversaires de l'inamovibilité emploient des arguments chocs pour essayer de la décrédibiliser tant sur son objet que ses effets. Par exemple, lors d'une séance du 3 mai 1790, d'André, conseiller au parlement d'Aix estimait

⁴²⁷ « Et quant aux magistrats, il demande qu'ils soient inamovibles et sous la sauvegarde de la loi » Sénéchaussées d'Augoumois, p.2 ; « Que les parlements et autres cours souveraines que les Etats généraux jugeront à propos de conserver soient déclarés constitutionnels, hors les cas de forfaiture préalablement jugé, suivant les formes qui seront établies par la nation » Sénéchaussée d'Armagnac, p.69 ; « Que tout Français ne peut être traduit que par-devant ses juges naturels, élus et inamovibles » Baillage d'Aval, p. 140 ; « Que tous les magistrats ordinaires, supérieurs et inférieurs, inamovibles par essence, ne pourront être destitués que pour cas de forfaiture » Baillage de Bar-le-Duc, p. 245 ; « Que l'inamovibilité des offices, sauf le cas de forfaiture, soit déclarée constitutionnelle » Baillage de Blois, p.387 ; « Les magistrats doivent être donc être inamovibles, c'est le vœu de la loi ; mais il importe de lier cette loi à la Constitution » Sénéchaussée de Carcassonne, p.529, in MADIVAL et LAURENT, Archives parlementaires, 1^{ère} série, T. 2 Etats Généraux – cahiers des sénéchaussées et baillages, Paris, 1879, 796 p.

⁴²⁸ « Beaucoup de cahiers demandaient que le principe d'inamovibilité, confirmé expressément par l'Assemblée, devint une loi fondamentale et constitutionnelle de l'Etat », in L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 45.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ L. DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 4.

⁴³¹ « Ceux qui réclamaient une magistrature élue se prononçaient presque unanimement pour l'inamovibilité, tandis que les partisans de la nomination des juges par le roi se divisaient sur la question : cent quinze cahiers se déclaraient pour l'inamovibilité et six contre », L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 44.

que « 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 »⁴³². Buzot surenchérisait en disant que « le peuple peut être trompé, séduit ; et si les juges étaient inamovibles, vous le puniriez de sa faiblesse et de son erreur ; l'inamovibilité dégénérerait en un traité entre le monarque et les juges »⁴³³. Enfin, Roederer, conseiller au parlement de Metz, évoquait l'idée selon laquelle « 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 »⁴³⁴.

Antérieurement, dans une séance du 30 mars 1790, Chabroud estime par ailleurs dans un long plaidoyer que l'inamovibilité entraîne nécessairement un empiètement sur les droits du peuple au profit du Prince dans l'intérêt des juges. Il estime qu'un juge inamovible est un homme redoutable. Comme Buzot, il estime que l'inamovibilité empêche le juge d'étudier, que le juge sera ignorant et oisif en toute impunité. Il conclut donc qu'il est nécessaire d'élire à temps les juges pour éviter tous ces maux⁴³⁵.

À travers ces quelques exemples d'opinions extrêmement véhémentes à l'encontre de l'inamovibilité, on peut affirmer que ces opposants font une grave erreur dans leur analyse de l'inamovibilité. Ils opposent la protection donnée au magistrat de ne pas être destitué avec la question de la durée des fonctions. Pour ces opposants, l'inamovibilité signifie la fonction à vie du juge, « cet emploi abusif du mot inamovibilité peut faire naître une confusion au sujet des intentions du législateurs »⁴³⁶. Effectivement, la synonymie erronée entre inamovibilité et fonction à vie est au cœur des débats de la Constituante. C'est justement lors de la séance du 3 mai 1790 où s'exprima d'André, Buzot ou Roederer avec conviction contre l'inamovibilité qu'a été acté le fait que les juges seront élus à temps⁴³⁷.

Face aux critiques de l'inamovibilité, trop peu de référence à l'utilité réelle de l'inamovibilité, de l'indépendance du juge sauf comme l'a rappelé Roederer exprimant que « l'inamovibilité des juges a été substituée pour que les juges ne dépendissent pas du Roi et ne fussent pas soumis à son influence »⁴³⁸. La Constituante fait référence au but premier de l'inamovibilité, telle

⁴³² MADIVAL et LAURENT, Archives parlementaires, 1^{ère} série, T. XV, Paris, 1879, p. 376.

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 371.

⁴³⁵ *Ibid.*, T. XII, p. 447 – 448.

⁴³⁶ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 60.

⁴³⁷ MADIVAL et LAURENT, Archives parlementaires, 1^{ère} série, T. XV, Paris, 1879, p. 371.

⁴³⁸ MADIVAL et LAURENT, Archives parlementaires, 1^{ère} série, T. XV, Paris, 1879, p. 416.

qu'elle doit être appréhendée ni plus ni moins. On peut considérer ainsi que la durée de la fonction n'est en aucun cas connectée avec l'inamovibilité et de pas être possible que dans une perpétuité des fonctions. Cependant, l'inamovibilité perpétuelle ne fut jamais défendue dans les débats, ne laissant potentiellement qu'une inamovibilité temporaire s'appliquer⁴³⁹.

Ainsi, il est parfaitement possible de combiner une fonction temporaire avec une protection d'inamovibilité. Tellement possible que c'est exactement ce qui ressortira des débats avec la Constitution de 1791. En son article 2 du Chapitre V « Du pouvoir judiciaire », il est disposé que les juges « ne pourront être ni destitués que pour forfaiture dument jugée, ni suspendus que pour une accusation admise ». Ainsi, pendant tout le temps de la fonction élective, les juges sont inamovibles et cela même pour une durée limitée, « ils sont soustraits de l'arbitraire du pouvoir »⁴⁴⁰. Il est à noter que, malgré le séisme de la Révolution française, l'inamovibilité « est le seul principe qui ait résisté et auquel la Révolution elle-même ait senti le besoin de revenir »⁴⁴¹. Cette conservation s'explique par son enracinement profond dans la magistrature et surtout par les bénéfices profitables de l'inamovibilité pour les juges et les justiciables.

La combinaison élection des juges et inamovibilité temporaire corrélée à limitation dans le temps de ladite élection choisie à la suite de la Constituante semble donc répondre aux demandes des cahiers de doléances d'abolition de la vénalité et de maintien de l'inamovibilité. Cependant, il semble inutile de consacrer l'inamovibilité dans ce cas de figure spécifique. Comme nous l'avons vu, l'inamovibilité s'est pérennisée dans un contexte particulier de relation entre le Roi, pouvoir politique, et le Parlement, magistrature à travers un lien, la vénalité des offices. À travers l'élection des juges directement par les justiciables, ce lien entre pouvoir politique et magistrature se délite nécessairement et fait perdre de son effet à l'inamovibilité. De manière mécanique, si l'inamovibilité n'a de sens que dans les rapports avec le pouvoir politique, elle n'en a plus sortant de ce cadre-ci. La conception classique de l'inamovibilité « n'est et n'a jamais été comprise que comme un préservatif à l'influence abusive de l'exécutif »⁴⁴². À travers l'élection, le pouvoir politique n'a aucune influence sur la nomination du magistrat, dès lors, peu de risque qu'il y en ait un abus ; l'inamovibilité ne peut atteindre son but, de rendre indépendant le magistrat du pouvoir politique. Ce but est atteint de facto, sans le

⁴³⁹ V. JEANVROT, « L'inamovibilité pendant la Révolution », *La Révolution française*, T. 2, janvier-juin 1882, p. 760.

⁴⁴⁰ C. CARISH, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Rousseau, 1909, p. 14.

⁴⁴¹ A. MARCHAL, « De l'inamovibilité des magistrats », *Revue catholique des institutions et du droit*, 6e année, 1878, 2e semestre, 1ère série, vol. 11, p. 272.

⁴⁴² L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 47.

medium inamovibilité⁴⁴³. Sa reprise dans la constitution de 1791 est à la fois inutile et fondamentale. Inutile car elle n'a pas de prise directe sur le mode de recrutement qu'est l'élection⁴⁴⁴ mais fondamentale car elle contient en son sein l'esprit de l'indépendance du juge, de son caractère d'autonomie du pouvoir politique et la première garantie d'un pouvoir judiciaire.

Avec l'élection, l'inamovibilité perdit de son effectivité, il reste fondamental de l'avoir conservé à travers un raisonnement anticipateur. Si l'élection n'est pas le mode de recrutement idoine pour l'inamovibilité, elle le reste pour un recrutement impliquant le pouvoir politique. Puisque l'élection fut progressivement abolie au profit de la nomination par le pouvoir politique, l'inamovibilité ne tardera pas à ressurgir et à se pérenniser dans un contexte en adéquation à son but et ses effets.

II : Un principe réaffirmé mais contesté

La chute progressive de la magistrature élue entraîna la réapparition de la nomination des magistrats par le pouvoir politique, situation idéale pour l'inamovibilité qui peut remplir ainsi son principal objectif de protection du magistrat face au pouvoir politique. Ainsi, après la fin de l'élection des magistrats, l'inamovibilité fut reprise et consacrée par l'ensemble des Constitutions françaises, de celle de l'an III dès 1795 jusqu'à la Constitution de la IV^{ème} République en 1946.

La Constitution de l'an III disposait en son article 206 du titre VIII nommé Pouvoir judiciaire que « les juges ne peuvent être destitués que pour forfaiture légalement jugée, ni suspendus que par une accusation admise ». L'article 68 relatif aux tribunaux de la Constitution de l'an VIII dispose 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 pas maintenus sur les listes d'éligibles ». L'article 58 de la charte de 1814 estimait que « les juges nommés par le roi sont inamovibles ». Celle de 1830 en son article 49 reprenait la même formulation. La Constitution de la 2nde République de 1848 par l'article 87 posait le principe selon lequel « 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,

⁴⁴³ « Le pouvoir judiciaire devenant autonome, l'inamovibilité disparaissait par voie de conséquence », *ibid.*

⁴⁴⁴ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 62.

ni mis à la retraite que pour les causes et dans les formes déterminées par les lois ». Le Second Empire reprendra cette même règle et la Constitution Républicaine de 1875 maintiendra de manière implicite l'inamovibilité⁴⁴⁵. Concernant le régime de Vichy, un projet de Constitution en date du 30 janvier 1944 prévoyait que les magistrats du siège sont inamovibles. Enfin la Constitution de 1946 reprend la même formulation que le projet de 1944.

Au-delà d'une simple énumération de diverses dispositions constitutionnelles, ces dernières permettent de faire plusieurs remarques sur l'inamovibilité à travers ces consécutions répétées.

D'abord, l'inamovibilité connût une consécution et une réaffirmation et constante similaire à celle de la nomination des magistrats par le pouvoir politique. Elle fût continuellement consacrée par les différents régimes politiques successifs. Par effet miroir, si la nomination est consacrée, l'inamovibilité l'est également. Ce parallèle permet d'affirmer la nécessité du lien qui existe entre les deux. Cette consécution commune et concomitante n'en est que la confirmation de ce duo nécessaire.

À travers cette réaffirmation continue, on peut observer une certaine stabilité malgré l'appréhension de la magistrature par le pouvoir politique par l'appellation donnée à cette dernière. La Constituante considéra l'inamovibilité comme un marqueur décisif dans la construction d'une magistrature en tant que pouvoir indépendant⁴⁴⁶. À travers ces différentes consécutions, la magistrature sera considérée tour à tour comme un pouvoir judiciaire⁴⁴⁷, de simples tribunaux⁴⁴⁸, un ordre judiciaire⁴⁴⁹, à nouveau comme un pouvoir judiciaire⁴⁵⁰, pour enfin n'être plus mentionnée⁴⁵¹ ou seulement évoquée sous l'appellation ambiguë « Du conseil supérieur de la magistrature »⁴⁵². De plus, pour apprécier cette évolution sémantique de la magistrature, il peut être judicieux de la mettre en parallèle avec celle du pouvoir politique. À titre d'exemple, quand la magistrature est appelée « Des tribunaux » par le Consulat, nous y retrouvons un pouvoir législatif et un gouvernement de trois consuls⁴⁵³, ou bien s'attachait uniquement à l'appellation de ce dit pouvoir politique qu'il soit Empereur, Roi ou Président de

⁴⁴⁵ « De l'inamovibilité », *Le Droit*, 15 décembre 1878, n°296.

⁴⁴⁶ « L'inamovibilité fut surtout proclamé afin d'assurer l'indépendance vis-à-vis du roi du pouvoir judiciaire que l'Assemblée avait considéré comme autonome », L. DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 5.

⁴⁴⁷ Titre VIII – Du pouvoir judiciaire, Constitution du 5 fructidor an III.

⁴⁴⁸ Titre V – Des tribunaux, Constitution du 22 frimaire an VIII.

⁴⁴⁹ Constitution du 1er Empire de l'an XII et les Chartes constitutionnelles de 1814 et 1830.

⁴⁵⁰ Chapitre VIII – Du pouvoir judiciaire, Constitution de 1848 sur la IInd République.

⁴⁵¹ Aucune référence n'est faite à la magistrature dans les trois lois constitutionnelles des 24 et 25 février 1875 sur la III^{ème} République.

⁴⁵² Titre IX – Du conseil supérieur de la magistrature, Constitution de la IV^{ème} République de 1946.

⁴⁵³ Titre III et IV, Constitution du 22 frimaire an VIII.

la République⁴⁵⁴ sans modifier son appréhension globale. Enfin, le décalage entre le pouvoir politique et la magistrature est frappante car dans tous ces différents textes constitutionnels, les dispositions relatives à la magistrature interviennent toujours après celle du pouvoir exécutif et législatif. La Constitution du 28 floréal an XII est la plus explicite car elle traite de l'Empereur, pouvoir politique, en son Titre I et l'ordre judiciaire au titre XIV passant après la famille impériale, les grands officiers de l'Empire, les serments ou le Tribunal⁴⁵⁵. Malgré le net recul de l'importance de la magistrature en tant que pouvoir dans la lettre et indirectement dans l'esprit de ces textes, l'inamovibilité sera néanmoins toujours consacrée.

Enfin, l'évolution de cette consécration amènera une évolution de la définition de l'inamovibilité, évolution qui se fera en deux temps. Parmi ces textes, seuls deux apportent une définition explicite du principe d'inamovibilité sans le nommer expressément, les autres le nomment sans le redéfinir. L'article 206 de la Constitution de l'an III donne une définition précise de ce que l'on doit entendre par l'inamovibilité à savoir qu'un juge ne peut être destitué que pour forfaiture ou suspendu que par un jugement. Les Constitutions suivantes jusqu'à celle de 1848 ne prenaient pas la peine de redéfinir comme cela le principe, ils posaient simplement le terme d'inamovibilité renvoyant de facto à cette définition. La Constitution de la seconde République redéfinissait l'inamovibilité estimant qu'un juge ne pouvait être suspendu ou destitué que par un jugement ou une mise à la retraite. Les Constitutions suivantes reprendront cette nouvelle définition en ne parlant que de l'inamovibilité. Ainsi, la définition telle qu'entendue jusqu'à 1946 est celle issue de la Constitution de 1848. Ces différentes évolutions et notamment celle de 1848 fait la synthèse de la définition de l'inamovibilité qui persistera donc, à défaut d'une nouvelle définition positive⁴⁵⁶.

L'inamovibilité fut consacrée sans discontinuer sur plus de 150 ans et huit textes à valeur constitutionnelle permettant d'attester de son importance dans notre système juridique et de sa nécessité aux côtés de la nomination pour parvenir à un équilibre. Cependant, cette consécration continue n'a pas été rectiligne. L'inamovibilité connut des soubresauts, des turbulences. À titre d'exemple, nous pouvons citer le décalage dans le temps des effets de l'inamovibilité sous l'Empire, sa compatibilité avec un régime républicain et les débats relatifs à la loi du 31 août 1883 sur l'organisation du l'ordre judiciaire où elle fut ardemment critiquée, non sans rappeler

⁴⁵⁴ Constitution an XII, Chartes de 1814 et 1830, lois constitutionnelles de 1875 et Constitution de 1946.

⁴⁵⁵ Dans l'ordre ; Titre III, Titre VI, Titre VII et Titre XI.

⁴⁵⁶ O. PLUEN, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 138 et s.

les critiques soulevées par la Constituante. Trois exemples balayant tout le XIX^{ème} siècle permettent de prouver une certaine défiance latente ne faiblissant pas à son encontre.

Premier exemple de défiance face à l'inamovibilité, le décalage temporel de l'effet de l'inamovibilité pris par l'Empire tout en conservant le principe comme une remise en cause concomitante à sa consécration. En effet, le sénatus-consulte du 12 octobre 1807⁴⁵⁷ remet en cause l'inamovibilité et jette un trouble sur son appréciation faite par le pouvoir politique.

En son article 1, le sénatus-consulte dispose que « à l'avenir, les provisions qui instituent les juges à vie, ne leur seront délivrées qu'après cinq années d'exercice de leurs fonctions, si, à l'expiration de ce délai, sa majesté l'Empereur et roi reconnaît qu'ils méritent d'être maintenu dans leur place »⁴⁵⁸. Le préambule de ce texte permet de comprendre l'intention de cet article 1^{er}. Ainsi, pour l'Empereur « il est nécessaire qu'avant d'instituer les juges d'une manière irrévocable, la justice de sa majesté l'Empereur et roi soit parfaitement éclairé sur les talents, leur savoir et leur moralité afin qu'aucune partie de leur conduite ne puisse altérer, dans l'esprit des justiciables, la confiance et le respect dus au ministère auguste dont ils sont investis »⁴⁵⁹. En faisant référence à l'article 68 de la Constitution du 22 frimaire an VIII dans ce même préambule, le sénatus-consulte fait expressément référence au principe d'inamovibilité. Dès lors, sous couvert de la notion de « provision », cet article premier vient toucher à l'inamovibilité qui ne serait accordé aux magistrats qu'au bout de cinq ans.

Décaler dans le temps une protection du magistrat est un gage de protection de la magistrature dans son ensemble si l'on se fie à l'esprit de ce texte. En effet, selon l'exposé des motifs de ce sénatus-consulte⁴⁶⁰, il défend l'objectif et les effets de ce décalage estimant que l'on protège la magistrature entière en ne protégeant pas ses membres, car « il existe une sorte de solidarité qui réfléchit sur le corps entier la honte de quelques membres »⁴⁶¹. La logique poursuivie ici est qu'il n'est pas souhaitable de protéger de manière immédiate les magistrats dans le cas où une minorité de mauvais se glisseront parmi la majorité de bons. Cette solution satisfait alors les intérêts des juges et l'intérêt général estimant que « l'intérêt du magistrat sans reproche, qu'il

⁴⁵⁷ Sénatus-consulte concernant l'Ordre judiciaire du 12 octobre 1807 in *Duvergier*, T. X, II^{ème} partie Gouvernement impérial, Paris, p. 261 et s.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ Exposé des motifs fait au Sénat dans la séance du 9 octobre 1807 par M. Treillhard, in Recueil général des lois, S., T. VII, II^{ème} partie, p. 230 – 232.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 230.

ne faut pas affliger par une inquisition déplacée et l'intérêt général qui réclame l'éloignement de magistrats avilis, par leur profonde ignorance ou mauvaise conduite »⁴⁶².

Ainsi, les provisions à cinq ans ne pouvaient gêner que le mauvais magistrat, seul à craindre une révocation et non pas le bon magistrat. En parallèle à cette suspension temporelle, l'exposé des motifs de ce texte fait un vibrant plaidoyer sur la nécessité absolue de l'inamovibilité estimant que « le magistrat a besoin de courage pour résister à tous les genres de séduction dont il est trop souvent entouré [...] qui donc pourrait se dévouer à cette dangereuse et pénible profession, sans la certitude de la stabilité et sans la perspective consolante d'une vieillesse entourée d'une considération et d'un respect »⁴⁶³. Il peut sembler pour le moins curieux qu'un texte écartant pour cinq ans la protection de l'inamovibilité aux magistrats puisse dans le même temps la glorifier à l'instar « d'un défenseur invétéré de la perpétuité des fonctions judiciaires et de leur inamovibilité »⁴⁶⁴. Ils estiment donc que l'indépendance de la magistrature du pouvoir politique est une chose nécessaire après que ce même pouvoir politique a pu faire le tri parmi ses membres.

Le but affiché à travers ce sénatus-consulte est paradoxalement le même que celui de l'inamovibilité alors qu'il écarte purement et simplement ses effets. Si l'inamovibilité, par la création d'une indépendance de la magistrature au pouvoir politique, tend à créer la confiance des justiciables envers les magistrats et à les rendre légitimes, ce sénatus-consulte souhaite exactement le même résultat mais par un moyen totalement contraire. Il estime que la possibilité d'apprécier la qualité du magistrat avant qu'il ne soit inamovible participe à la légitimité de la magistrature, de la confiance du justiciable.

Il semble logique que le mauvais magistrat ne mérite pas de bénéficier de l'inamovibilité et puisse être amovible mais le principe prenait déjà en considération cette possibilité. En effet, la définition contemporaine de l'inamovibilité en parlant de la forfaiture, ou la définition ultérieure évoquant un jugement permet de mettre en échec l'inamovibilité, qui n'est en aucun cas totalement irrévocable. Si un magistrat commet une forfaiture ou fait l'objet d'un jugement via une poursuite disciplinaire par exemple, la protection d'inamovibilité peut lui être retirée. Les cas permettant de faire échec à l'inamovibilité sont clairement établis et définis. Le sénatus-consulte de 1807 tend à se substituer en amont à ces possibilités. Le critère d'appréciation prévu

⁴⁶² *Ibid.*, p. 231.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ G. PIRARD, *L'inamovibilité de la magistrature et nécessité de la maintenir*, Paris, Marchal et Billard, 1879, p. 15.

par ce dernier est nettement moins net que celui de la Constitution de l'An VIII. Comme indiqué, les provisions ne seront accordées qu'à travers le critère de mérite du magistrat. De plus, ce mérite, critère nécessairement subjectif, n'est apprécié qu'à travers le prisme du pouvoir politique, du mérite aux yeux de l'Empereur. Ainsi, la notion de bon ou mauvais magistrat s'en retrouve bouleversée. Elle n'est perçue et entendue qu'à travers le pouvoir politique qui ne confiera l'inamovibilité qu'aux bons magistrats. Ce sénatus-consulte est une négation totale de l'inamovibilité. Elle permet de renier le but premier de ce principe, permettre à la magistrature d'échapper à l'influence du pouvoir politique, de n'avoir rien à en craindre ni en espérer comme le rappelle, à juste titre et paradoxalement, l'exposé des motifs de ce texte. L'octroi des provisions au bout de cinq ans remet l'influence du pouvoir politique au cœur de la magistrature et rend nul l'inamovibilité.

Par cette violation de la Constitution⁴⁶⁵, le pouvoir politique ne cherche pas à renforcer la magistrature ou sa légitimité, elle ne cherche qu'à la contrôler en écartant ce mécanisme décisif. Ce sénatus-consulte réduit la magistrature à un « vasselage dominé par le pouvoir politique »⁴⁶⁶, faisant peser sur la magistrature une constante menace de leur indépendance sans cesse soumise à la volonté de l'Empereur⁴⁶⁷. Dans ce contexte, « l'inamovibilité de la magistrature n'exista plus et, cependant, elle continuera d'être inscrite en gros caractères dans la constitution »⁴⁶⁸. Ce n'est pas tant qu'elle n'existe plus, c'est qu'elle ne peut plus produire les effets escomptés et attendus d'un tel principe, constitutionnel de surcroît. Le sénatus-consulte fait office de menace du pouvoir politique pour asseoir sa domination sur la magistrature⁴⁶⁹.

Dès lors, elle ne peut plus être considérée comme une protection contre le pouvoir politique de son influence mais une récompense du fait de s'être favorablement attachée à son influence, « une insigne faveur accordée aux magistrats qui avaient fait preuve de soumission à l'Empereur »⁴⁷⁰. Cet étrange mélange des genres entre une consécration de l'inamovibilité et son maintien constitutionnel et la suppression de son effectivité crée un flou bénéficiant au

⁴⁶⁵ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 72.

⁴⁶⁶ L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 58.

⁴⁶⁷ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 72.

⁴⁶⁸ «De l'inamovibilité de la magistrature », *France judiciaire*, T. 4, Etudes juridiques, 1879-1880, p. 409.

⁴⁶⁹ « Ces législations de contrebande sont plus comminatoires qu'effectives. Elles rappellent beaucoup les armes cachées qui rassurent celui qui les porte, intimident celui que les devine », *ibid.*

⁴⁷⁰ C. CARISH, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Rousseau, 1909, p. 16.

pouvoir politique⁴⁷¹, lui permettant de dépasser le blocage de l'inamovibilité. Consacrée par la Constituante pour séparer le pouvoir judiciaire du pouvoir politique en le rendant indépendant, ce texte permit « d'introduire l'élément politique dans le personnel judiciaire »⁴⁷² réduisant à néant cette ambition première.

Ce premier exemple permet de pointer du doigt la difficulté pour l'inamovibilité de prendre son plein effet malgré une consécration constitutionnelle sans ambiguïté, elle soulève malgré tout de fortes réticences du pouvoir. Nous pouvons retrouver cette réticence dans le sens inverse. Si le sénatus-consulte conservait l'inamovibilité et en reconnaissait les bienfaits bien qu'en les anéantissant, la République, en 1848, estimait qu'elle n'avait purement et simplement pas sa place au sein de ce régime.

Par un décret du 17 avril 1848, le gouvernement provisoire décréta que « le principe de l'inamovibilité de la magistrature, incompatible avec le gouvernement républicain, a disparu avec la Charte de 1830 »⁴⁷³.

Par cette assertion nette et précise, ce décret écarta le principe d'inamovibilité par un raisonnement pour le moins fallacieux. À en croire la doctrine, ce n'est pas tant l'inamovibilité qui était visée que ce qu'elle était censée neutraliser dans ses effets. C'est en réalité la nomination par le pouvoir judiciaire des magistrats qui était au cœur de sa réflexion, l'inamovibilité n'étant que sa conséquence directe⁴⁷⁴. Si la nomination des juges par le pouvoir exécutif est une anomalie dans un régime qui tient son pouvoir du peuple, l'inamovibilité n'avait aucune raison d'exister⁴⁷⁵ et c'est justement le but de ce décret. Cette déclaration de principe vise ainsi un retour à l'esprit de 89, un retour à l'élection des juges⁴⁷⁶ (dans laquelle l'inamovibilité ne se justifiait pas beaucoup).

Cette réflexion, bien que procédant d'une logique particulière mais non totalement dénuée de sens, souleva la critique et ce à juste titre. La première réflexion à faire porte sur la victime de

⁴⁷¹ « Il aurait été préférable de supprimer complétement l'inamovibilité, la situation eut été plus nette », L. DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 19.

⁴⁷² C. CARISH, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Rousseau, 1909, p. 17.

⁴⁷³ Décret du 17 avril 1848 concernant la suspension ou la révocation des magistrats, in *Duvergier*, T. 48, p. 143.

⁴⁷⁴ « Dans leur pensée ce qu'il y avait d'incompatible avec la forme démocratique c'était d'abord et précisément cette nomination par le pouvoir exécutif et seulement par voie de conséquence l'inamovibilité qui en découle », in L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 67.

⁴⁷⁵ E. BASQUIN, *L'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille, Le Cateau, Impr. de J. Roland, 1899, p. 33.

⁴⁷⁶ « Pour eux, ce qu'il fallait, c'était revenir au principe de l'assemblée nationale de 1789, à l'autonomie du corps judiciaire au choix de ses membres par le peuple », in L. DEJEAN, *op. cit.*

ce décret en elle-même. Si c'est la nomination qui est ciblée en tant que cause de l'anomalie, pourquoi le décret se contente-t-il de s'attaquer uniquement et seulement à la conséquence qu'est l'inamovibilité ? Si l'inamovibilité est visée par le décret, c'est qu'on vient porter atteinte à ce que ce principe représente au-delà de la nomination. L'inamovibilité renvoie nécessairement à ses effets, à supprimer la potentielle influence du pouvoir sur la magistrature pour la rendre indépendante. Ainsi, Hello, conseiller à la Cour de cassation, faisait une démonstration implacable pour démontrer le non-sens du décret. Il estimait que si « l'inamovibilité du juge était incompatible avec la République et que comme nous sommes habitués à l'idée de l'inamovibilité du juge est la garantie de son indépendance, cette assertion dogmatique se traduit pour nous par celle-ci : la République est incompatible avec l'indépendance du juge »⁴⁷⁷. Il estimait également que « l'on a blasphémé la République, sans s'apercevoir qu'en obligeant à opter entre la forme du gouvernement et une vérité essentielle, c'est la forme du gouvernement qui aurait tort »⁴⁷⁸. Pour résumer son propos poussé à l'absurde pour démontrer la dangerosité d'une telle réflexion, nier l'inamovibilité, c'est nier l'indépendance de la magistrature et donc nier un trait essentiel de la République elle-même. Ainsi, la République serait incompatible avec elle-même. Cette théorie peut être considérée comme « hérétique » en considérant la République, forme de gouvernement libre, incapable d'être compatible avec un tel principe⁴⁷⁹.

Une réflexion peut être soulevée sur le caractère particulier d'une République qui partagerait sans hésiter les pouvoirs et pouvant justifier la mise à l'écart d'une inamovibilité des magistrats. Si ce décret avait de manière effective pris en considération cette notion d'indépendance, en dehors de sa volonté à un retour de l'élection, dans le sens de l'influence du pouvoir politique sur la magistrature, il est probable de penser que cette inamovibilité puisse de facto être inutile. Partant du postulat que le pouvoir politique n'userait pas d'influence sur la magistrature pour la contrôler, elle est indépendante d'office. L'inamovibilité ne prend son sens que dans le cas où elle empêche cette influence pour rendre indépendant le magistrat.

⁴⁷⁷ C-G. HELLO, « De l'inamovibilité des juges », *Revue de législation et de jurisprudence*, 14^{ème} année, T. 2, 1848, p. 6.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ « L'inamovibilité, qui est une des trois faces de la séparation des pouvoirs est au contraire de l'essence de tous les gouvernements libres. Elle est un immense bienfait sous tous les régimes, et, s'il en est qui ne puissent pas compatir avec elle, ce ne peut être que les régimes autoritaires, absolus, despotiques qui veulent accaparer tous les pouvoirs et se refusent à les partager », in « De l'inamovibilité de la magistrature », *France judiciaire*, T. 4, Etudes juridiques, 1879-1880, p. 413.

Cette distinction faite entre la République et les autres formes de gouvernement et son impact sur l'inamovibilité fut posée par Henrion de Pansey. Dans ses « Œuvres judiciaires », il estime qu'en République, c'est la loi qui confère le pouvoir et donc qu'il ne peut y avoir d'arbitraire mais que l'inamovibilité semble essentielle dans un régime monarchique pour tempérer le pouvoir politique⁴⁸⁰. Cependant, cette distinction surannée car les républiques peuvent connaître des destitutions arbitraires et la loi confère également le pouvoir aux magistrats même si c'est le prince qui nomme le magistrat⁴⁸¹. Cette question de principe incompatible avec le régime républicain perd de sa pertinence. D'autant plus, que la Constitution de 1791 qui consacrait l'élection des magistrats reconnaissait également l'inamovibilité.

Bien au contraire, l'inamovibilité n'est pas incompatible avec le régime républicain, elle en est un élément essentiel car un tel régime qui accentue la séparation des pouvoirs exige des garanties pour l'indépendance de la magistrature⁴⁸².

Ce décret souleva la critique sur le principe même d'écarter l'inamovibilité victime des excès pouvant conduire les exigences révolutionnaires par une indépendance et une haute probité enviée par toute l'Europe qui fut sacrifiée d'un trait de plume⁴⁸³. Un magistrat anonyme, anonymat compréhensible vu l'objet de sa critique, dresse un bilan acide de la magistrature sous la République à travers le prisme de ce décret⁴⁸⁴. Il estimait que la République reniait la magistrature, « la déclarait suspecte, révocable, amoindrissait son autorité, son indépendance et sa dignité »⁴⁸⁵. Ce décret nuisait non pas aux magistrats directement mais aux justiciables car l'inamovibilité est consacrée « dans l'intérêt exclusif de la justice, de la liberté et de l'égalité »⁴⁸⁶. L'inamovibilité est un « légitime sujet de confiance et de sécurité »⁴⁸⁷ pour les justiciables.

Dès lors, ce décret du 17 avril ne peut absolument pas remplir l'objectif qu'elle comportait en son sein. L'inamovibilité n'est pas incompatible avec la République, elle en est un des éléments

⁴⁸⁰ P-P-N. HENRION DE PANSEY, *Œuvres judiciaires*, Paris, De Cosse et Delamotte, 1844, Ch. IX., p. 529 et s.

⁴⁸¹ C-G. HELLO, *De l'inamovibilité des juges*, Revue de législation et de jurisprudence, 14^{ème} année, T. 2, 1848, p. 17 et s.

⁴⁸² « On peut au contraire affirmer que c'est surtout sous un gouvernement républicain que l'inamovibilité est nécessaire. Là en effet, la séparation des différents pouvoirs est plus nettement accentuée que dans une monarchie, et comme le pouvoir judiciaire doit être tout à fait indépendant des pouvoirs exécutif et législatif, il faut lui donner les moyens d'atteindre ce résultat », M.MALORTIGUE, *l'inamovibilité des juges pendant la République de 1848 et le Second Empire*, Paris, 1905, p. 31.

⁴⁸³ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 102.

⁴⁸⁴ « De la magistrature sous la République », *Revue de droit français et étranger*, T. XVI, 1849, p. 437 et s.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 439.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 443.

fondateurs. L'inamovibilité est un bien nécessaire sans quoi « l'institution d'un juge amovible par le pouvoir exécutif serait la pire des combinaisons ; ce serait l'organisation du despotisme sous la forme républicaine »⁴⁸⁸. Cette incompatibilité de principe ne durera finalement pas et connaîtra son dénouement avec la Constitution du 4 novembre 1848 grâce à « un éclatant démenti à cette imprudente déclaration »⁴⁸⁹. L'article 87, vue précédemment, déclara que les juges sont nommés à vie et qu'ils disposent de l'inamovibilité. L'article 112 prévoit que « les dispositions des codes, lois et règlements existants qui ne sont pas contraires à la présente Constitution, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé »⁴⁹⁰. Ce décret manifestement contraire à l'article 87 est abrogé. La question de l'intérêt réel de ce texte pose alors question puisque l'inamovibilité et la nomination est considérée comme incompatible avec la République en avril alors qu'en novembre l'inamovibilité est redéfinie avec précision et le décret est abrogé. Par-delà des hautes réflexions sur les relations entre la magistrature et la forme de gouvernement à travers le concept d'inamovibilité, la raison cachée de ce décret est nettement plus pragmatique et rejoint en cela le sénatus-consulte de 1807.

Les deux exemples que nous venons d'analyser ressurgiront bientôt dans nos développements, car ils permirent, parmi tant d'autres, une épuration de la magistrature où l'inamovibilité n'est que l'élément perturbateur.

Enfin, dernier exemple pour appuyer notre démonstration sur l'hostilité latente à l'inamovibilité et par ricochet sur la magistrature, des débats furent intenses autour de ce principe et de la magistrature en 1883. Si les lois constitutionnelles de la III^{ème} République sont silencieuses sur l'inamovibilité confirmant donc implicitement le principe, les débats à l'Assemblée nationale en prévision de la loi du 30 août 1883 contre l'inamovibilité ont été bien plus explicites.

À travers les débats de la Chambre des députés au cours des années 1882 et 1883, l'inamovibilité fait l'objet d'une attention toute particulière. On y retrouve un condensé des critiques émises depuis la Constituante contre l'inamovibilité, critiques que l'on retrouve également aux détours des textes de 1807 et 1848.

D'abord, il est à souligner le contexte dans lequel l'inamovibilité est discutée. Les débats dénotent un rejet de l'inamovibilité contrebalancé par le souhait d'un retour à l'élection des

⁴⁸⁸ C-G. HELLO, « De l'inamovibilité des juges », *Revue de législation et de jurisprudence*, 14^{ème} année, T. 2, 1848, p. 27.

⁴⁸⁹ « De la magistrature sous la République », *Revue de droit français et étranger*, T. XVI, 1849, p. 440.

⁴⁹⁰ Art. 112, Chap. XII – Dispositions transitoires, Constitution du 4 novembre 1848.

juges⁴⁹¹. Cette opposition entre inamovibilité et l'élection apparaît comme le fil conducteur des discussions, où la doxa majoritaire s'exprime contre le premier et en faveur du second. Ainsi, l'inamovibilité subissait bons nombres de critiques sur différents aspects et devient un enjeu majeur car « supprimer l'inamovibilité c'est un retour aux traditions et principes de 1789, le meilleur moyen de commencer une organisation du pouvoir judiciaire »⁴⁹².

Le premier aspect des critiques reprenait l'opposition entre inamovibilité et régime républicain à travers sa prétendue incompatibilité évoquée si fortement et, paradoxalement, si brièvement en 1848. Les débats réamorcent et appuient cette idée à nouveau sans ambages pensant, par exemple, qu'« il fallait porter la main sur ce prétendu principe qu'on appelle l'inamovibilité. L'inamovibilité est complément en opposition avec tout principe républicain. On ne peut admettre dans nos institutions un corps inamovible c'est à dire en dehors du grand mouvement national »⁴⁹³ parmi d'autres opinions semblables à celle-ci⁴⁹⁴. Il existe alors une opinion diffuse dans la Chambre estimant que l'inamovibilité ne peut avoir sa place dans un régime républicain, renvoyant ainsi aux réflexions vues précédemment sur le décret du 17 avril 1848.

Un autre député allait encore plus loin contre l'inamovibilité et déclarait que « c'est bien l'inamovibilité seule qui a permis à la magistrature de résister à la République »⁴⁹⁵. Par cette réflexion, il estimait que la magistrature, à cause de l'inamovibilité, ne pouvait devenir républicaine. Il reproche, en somme, à l'inamovibilité d'avoir parfaitement joué son rôle de bloqueur d'influence. Si l'inamovibilité permet l'indépendance du magistrat, elle protège le magistrat de l'influence du pouvoir politique et donc, par voie de conséquence, de la forme de son gouvernement. À la lecture de cette observation, ce n'est pas l'inamovibilité qui semble être incompatible le régime républicain mais la nouvelle République avec la magistrature en place.

Autre aspect des critiques, les débats visaient le principe en lui-même et ses effets. Ainsi, les débats démontrent une assez bonne compréhension de l'inamovibilité qui est néanmoins

⁴⁹¹ Lors d'un vote sur la loi du 30 août 1883, la séance du 15 janvier 1883 vote la suppression de l'inamovibilité et le retour de l'élection en première délibération.

⁴⁹² M. RIVIERE, Séance du 30 mai 1882, Débats parlementaires, p. 747.

⁴⁹³ M. SAINT ROMME, Séance du 20 janvier 1883, Débats parlementaires, p. 83.

⁴⁹⁴ « L'inamovibilité est un principe monarchique, seule l'élection est républicaine », M. PELLETAN, Séance du 10 juin 1882, Débats parlementaires, p. 856 ; « Je n'admets pas l'inamovibilité dans un gouvernement républicain », M. SAINT ROMME, Séance du 20 janvier 1883, Débats parlementaires, p. 84 ; « Suppression de l'inamovibilité, car, en République, on ne connaît point, on ne doit point reconnaître le principe d'inamovibilité. En République, il n'y a point de fonctions inamovibles » ; M. SAINT ROMME, Séance du 20 janvier 1883, Débats parlementaires, p. 85.

⁴⁹⁵ M. PELLETAN, Séance du 10 juin 1882, Débats parlementaires, p. 856.

rejetée. Un (des rares) orateurs qui expose avec clairvoyance ce qu'il faut entendre avec l'effet bénéfique de l'inamovibilité estiment que « nous avons voté tout à l'heure en faveur du principe de l'inamovibilité de la magistrature, parce que nous pensons que l'inamovibilité est la garantie la meilleure pour l'indépendance du juge et pour la sécurité des justiciables ». Il n'aura pour réponse qu'un simple « vous êtes dans l'erreur » sans aucune autre forme d'explication ou de raisonnement⁴⁹⁶.

L'indépendance de la magistrature découlant de l'inamovibilité fut combattue et critiquée sur plusieurs aspects. L'inamovibilité fût tantôt considérée comme inutile ne pouvant véritablement garantir l'indépendance de la magistrature⁴⁹⁷, tantôt comme trompeuse car insuffisante⁴⁹⁸ mais également comme purement dangereuse en ré-invoquant la Constituante⁴⁹⁹. Cette défiance, sous le prisme de l'indépendance, entraîne, selon eux, une conséquence directe et dommageable, celle d'avoir des mauvais juges reprenant le principe posé par le sénatus-consulte de 1807.

Si l'inamovibilité est critiquée c'est « aussi parce qu'elle offrait si peu de garanties qu'elle ne fournissait que des juges routiniers, paresseux et mauvais ; Croyez-en notre expérience, l'inamovibilité est un moyen sûr d'avoir de mauvais juge »⁵⁰⁰. On considère également que rechercher l'indépendance de la magistrature par l'inamovibilité est une vieille superstition n'apportant rien aux bons magistrats et ne profitant qu'aux mauvais d'entre eux⁵⁰¹. Dès lors, la discussion tripartite entre indépendance nécessaire, inamovibilité rejetée et mauvais juges

⁴⁹⁶ M. DE SOLAND, Séance du 10 juin 1882, Débats parlementaires, p. 864.

⁴⁹⁷ « J'ai toujours pensé que ce n'était pas dans l'inamovibilité que les juges pouvaient trouver une garantie efficace contre l'arbitraire, contre les caprices du pouvoir », M. BERNARD, Séance du 24 mai 1883, Débats parlementaires, p. 1058.

⁴⁹⁸ « Sous les régimes monarchiques dans l'organisation de la magistrature, l'inamovibilité pouvait être considérée comme un contrepoids à l'omnipotence des pouvoirs. Triste et insuffisante garantie ; car avec l'avancement, l'inamovibilité n'est en réalité qu'un leurre, parce que, comme l'a dit un écrivain « on tient mieux les hommes par les grands espoirs que par les petites craintes ». L'inamovibilité n'est une sauvegarde ni pour le magistrat contre le pouvoir, ni pour le justiciable contre le magistrat », M. GRANET, Séance du 25 janvier 1883, Débats parlementaires, p. 131.

⁴⁹⁹ « La Constituante encore supprimait l'inamovibilité parce qu'elle la jugeait dangereuse pour la liberté », M. RIVIERE, Séance du 30 mai 1882, Débats parlementaires, p. 746.

⁵⁰⁰ M. RIVIERE, Séance du 30 mai 1882, Débats parlementaires, p. 746.

⁵⁰¹ « Je viens donc vous demander de détruire l'inamovibilité et de ne pas vous laisser arrêter par cette pensée que le juge qui sera nommé par le pouvoir sera un juge servile et dépendant. M. De Bonald qui voulait une magistrature indépendante, s'exprimait au sujet de cette vieille superstition, qu'on appelle inamovibilité de la magistrature, de la manière suivante : « l'inamovibilité n'ajoute rien aux connaissances ni à l'intégrité du juge. Elle assure au mauvais juge une longue et scandaleuse impunité. Le juge en est plus fort, mais si il est bon il n'en n'est pas meilleur, et s'il est mauvais, il en est pire », M. BOVIER-LAPIERRE, Séance du 8 juin 1882, Débats parlementaires, p. 834.

aboutit à une totale hypocrisie⁵⁰². Pour rejeter l'inamovibilité de la magistrature, on considère que les juges protégés par ce principe sont mauvais. Cependant, l'indépendance découle nécessairement de l'inamovibilité si la nomination des magistrats est faite par le pouvoir politique. Evoquer les mauvais juges, c'est remettre en cause l'inamovibilité mais également l'indépendance des juges.

À la lecture des débats sur ce conflit semblant insoluble, le choix fait est clair ; l'élément gênant qu'est l'inamovibilité doit être sacrifié, l'indépendance ne serait qu'un dommage collatéral et bien involontaire. La destruction de l'inamovibilité emporte cependant bon nombre de conséquences parfaitement résumées dans les débats. Ainsi, un des orateurs explicitait les dangers de la remise en cause de l'inamovibilité estimant que « vous voulez détruire la magistrature et non pas la réorganiser [...] désorganisant la magistrature dont l'indépendance et les bonnes traditions vous gênent, vous voulez créer pour vous, spécialement pour les besoins de votre cause, une magistrature qui soit entre vos mains un instrument précieux pour satisfaire vos rancunes ; en un mot, une magistrature docile, gouvernementale, servile »⁵⁰³. Il était clairement établi par ces mots que la destruction de l'inamovibilité entraîne l'annihilation de l'indépendance et le retour à une influence directe du pouvoir politique sur la magistrature la rendant de facto docile, gouvernementale et servile.

À ce constat, le président de séance répondra que « vous ne pouvez pas dire sans blesser vos collègues qu'ils ont l'intention de créer une magistrature servile »⁵⁰⁴. Cet échange est révélateur des intentions réelles des débats de la III^{ème} République à propos de l'inamovibilité. Ils réfutent certes, avec force, l'idée d'une magistrature servile mais ne démentent pas avec la même force l'idée d'une magistrature docile et/ou gouvernementale. Supprimer l'inamovibilité permet ainsi au pouvoir politique de reprendre son influence sur la magistrature, d'éteindre son indépendance. Cette vision, si elle n'est pas démentie, ne peut être qu'admise et voulue.

Enfin, de manière plus sporadique, les débats s'attaquaient non plus aux effets de l'inamovibilité mais aux raisons de son existence en invoquant des arguments la rejetant, reprenant les arguments employés contre l'inamovibilité lors de la Constituante. Ainsi, la critique issue de la confusion entre inamovibilité et fonction à vie réapparaît par comparaison à

⁵⁰² « Vous vous montrez en contradiction flagrante avec votre projet de réforme. Vous dites « il faut bien nous confier à la magistrature » et en même temps vous prétendez à chaque instant que les magistrats sont mauvais et qu'il faut suspendre l'inamovibilité », M. MARET, Séance du 26 juin 1882, Débats parlementaires, p. 1096.

⁵⁰³ M. PIEYRE, Séance du 8 juin 1882, Débats parlementaires, p. 836.

⁵⁰⁴ *Ibid.*

la vénalité des offices⁵⁰⁵ ou à un vice⁵⁰⁶. L'inamovibilité rendrait la magistrature irrévocable⁵⁰⁷ et permettrait de considérer la magistrature comme une profession, argument utilisé sous la Constituante pour légitimer l'élection des juges⁵⁰⁸.

On ne retrouve qu'à de trop rares occasions une réelle et juste réflexion sur l'inamovibilité et son sens réel. Lors d'une séance en 1882, un député prend la pleine mesure de la relation magistrat et pouvoir politique et du rôle nécessaire de l'inamovibilité dans cette relation. Ainsi, « l'inamovibilité d'un point de vue dogmatique s'est se demander quelles sont les garanties pour assurer l'indépendance du juge vis-à-vis du pouvoir qui l'a nommé [...] En principe tout gouvernement a le droit de choisir et de révoquer ses fonctionnaires. L'inamovibilité est une exception. Tant que le pouvoir exécutif nomme les juges, l'inamovibilité est la condition de cette indépendance »⁵⁰⁹. Il estime que la magistrature est un corps à part, et qu'il doit bénéficier de règles à part pour résoudre le paradoxe entre nomination et indépendance. L'inamovibilité est une de ses clefs de résolution.

À travers toutes ces critiques contre l'inamovibilité, l'Assemblée souhaitait en réalité autre chose, il était estimé que « la politique a fait invasion parmi les magistrats, et c'est justement pour cela que vous demandez la suppression de l'inamovibilité »⁵¹⁰. Paradoxalement, on souhaite supprimer l'inamovibilité car la magistrature est politisée, alors que le principe d'inamovibilité est d'empêcher l'influence politique. Le problème n'est pas que la magistrature soit politique mais qu'elle ne soit politisée de la manière souhaitée.

L'inamovibilité, malgré ce climat hostile à son encontre, sera reprise par la loi du 30 août 1883 à l'exception d'une lourde réserve. À l'instar du sénatus-consulte de 1807 ou du décret de 1848, ces débats sont guidés par une idée latente, celle de l'épuration de la magistrature par la remise en cause nécessaire de l'inamovibilité pour y parvenir. Sa réintroduction après ses débats démontre la vacuité des opinions, des réflexions contre l'inamovibilité.

⁵⁰⁵ « L'inamovibilité comme la vénalité donnait la propriété de la justice », M. RIVIERE, Séance du 30 mai 1882, Débats parlementaires, p. 746.

⁵⁰⁶ « Le premier vice, c'est inamovibilité c'est la fonction à vie, c'est le siège permanent », M. RIVIERE, Séance du 30 mai 1882, Débats parlementaires, p. 744.

⁵⁰⁷ « L'inamovibilité modifie le contrat entre le gouvernement et le juge ; elle le rend irrévocable », M. DE SONNIER Séance du 6 juin 1882, Débats parlementaires, p. 744.

⁵⁰⁸ Invoquant les débats de la Constituante, Rivière reprenait les mots suivants « Je serais très fâché que les magistrats considérassent la judicature comme une profession », M. RIVIERE, Séance du 30 mai 1882, Débats parlementaires, p. 746.

⁵⁰⁹ M. DE SONNIER, Séance du 6 juin 1882, Débats parlementaires, p. 744.

⁵¹⁰ Séance du 10 juin 1882, Débats parlementaires, p. 854.

Malgré tout, cette défiance lancinante à l'encontre de l'inamovibilité engendrera nécessairement des faiblesses à ce principe, qui ne dispose pas d'une plénitude à la hauteur de son importance. Cette défiance du pouvoir politique entraîne une limitation intrinsèque de l'inamovibilité.

Paragraphe 2 : Un principe d'inamovibilité limité

Dans le rapport de force opposant la magistrature et le pouvoir avec l'inamovibilité en symbole, la défiance constatée à son égard malgré une consécration perpétuelle entraîne de facto une faiblesse pour ce principe, faiblesse entretenue par le pouvoir politique lui-même. Ainsi, l'inamovibilité connaît des faiblesses internes, faiblesses démontrées par un principe imparfait (I), et des faiblesses externes, par rapport aux magistrats concernés par cette protection (II).

I : Les faiblesses internes de l'inamovibilité

L'inamovibilité, en tant que protection de la magistrature, est conçue comme l'impossibilité pour le pouvoir politique de destituer le juge de son siège en le révoquant sauf jugement ou mise à la retraite conformément à la loi. C'est à travers cette conception de l'inamovibilité que la magistrature trouve, puise son indépendance. Cependant, l'inamovibilité ne protège qu'un pan limité de la magistrature, elle n'empêche qu'un abaissement ou une révocation arbitraire du magistrat par le pouvoir politique. L'inamovibilité n'a pas été conçue pour l'autre versant possible de la magistrature, celui de la progression des magistrats dans la magistrature, problématique bien différente de la seule question de la révocation. Ainsi, la potentielle carrière du magistrat échappe très largement au cadre protecteur de l'inamovibilité. Si l'inamovibilité tend à créer une magistrature coupée de l'influence du pouvoir politique pour la rendre indépendante, la question de l'avancement dans la magistrature au XIX^{ème} siècle fait ressurgir cette délicate relation entre le magistrat et le pouvoir politique et ces interrogations.

La protection accordée par l'inamovibilité est un point d'ancrage de l'indépendance du magistrat mais cette protection rompt face à l'épineuse question de la carrière du magistrat dans une magistrature construite de manière hiérarchisée et pyramidale sous l'impulsion consulaire

et impériale⁵¹¹. En effet, le magistrat ne peut pas se voir retirer son siège arbitrairement grâce à l'inamovibilité mais la question se pose ardemment dans le cas où il souhaite avancer dans cette magistrature précisément hiérarchisée.

Cette problématique de l'avancement est rendue possible par la conjonction de plusieurs phénomènes vues précédemment à travers l'étude de la nomination des magistrats. Ainsi, la hiérarchisation d'une magistrature fonctionnarisée sous l'omnipotence discrétionnaire du garde des sceaux en matière de nomination et d'avancement participe nécessairement aux interrogations sur le maintien de l'indépendance de la magistrature⁵¹². C'est justement pour contrebalancer cette magistrature sous influence que le principe d'inamovibilité fut imposé, afin de restaurer un semblant d'équilibre entre le pouvoir politique et la magistrature. Néanmoins, le bénéfice protecteur de l'inamovibilité s'efface totalement devant l'avancement. La puissance du pouvoir politique dans le cadre de l'avancement neutralise l'inamovibilité et la coupure de l'influence. Si effectivement, le magistrat ne peut pas se voir retirer son siège arbitrairement, il en va autrement s'il souhaite le quitter pour un autre. Par une formule ô combien évocatrice, la magistrature « n'a rien à craindre du gouvernement, elle a tout à espérer »⁵¹³. Si l'inamovibilité joue son plein effet dans un arbitraire dans un sens négatif, contre le magistrat et sa chute, elle s'efface totalement dans un arbitraire dans un sens positif, pour le magistrat et son potentiel avancement. Ce regain potentiel d'influence de pouvoir politique sur la magistrature, à travers le prisme de l'avancement, connaîtra un écho assez fort puisque la magistrature répondra à cette influence.

L'incidence d'une telle conception de l'avancement face à un garde des sceaux disposant discrétionnairement des nominations et une inamovibilité neutralisée fait ressurgir l'influence du pouvoir politique sur la magistrature et la recherche par cette dernière de cette influence pour avancer. Face à l'avancement, trois catégories de magistrats peuvent se distinguer. De manière minoritaire, certains magistrats ne souhaitent pas d'avancement et d'autres accèdent directement aux plus hautes fonctions d'emblée. La troisième catégorie, comprenant la grande

⁵¹¹ M. ROUSSELET, « L'avancement dans la magistrature au XIXe siècle », *Revue des Deux Mondes*, 15 mai 1965, n° 10, p. 192 – 193.

⁵¹² « Le garde des sceaux, à qui appartient le pouvoir exorbitant de récompenser les juges en leur accordant la promotion à un rang supérieur, peut bien plus. Il peut nommer parmi les magistrats qui bon lui semble aux hautes charges de la magistrature, d'un trait de plume, par une libre et solitaire décision : il est maître de ne pas respecter la hiérarchie », G. PICOT, « La réforme judiciaire », *Revue des deux mondes*, T. 42, 1880, p. 435.

⁵¹³ E. BASQUIN, *L'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille, Le Cateau, Impr. de J. Roland, 1899, p. 62.

majorité des magistrats, se lance dans une chasse à l'avancement, à la faveur du pouvoir politique.

La première catégorie de magistrat ne souhaitant pas l'avancement pour des raisons aussi diverses où ils se plaisaient à leurs postes, dans leurs villes sans nourrir d'ambitions démesurées de changer de ressort pour trouver un poste plus élevé ailleurs⁵¹⁴. L'exact opposé concerne la seconde catégorie, celle du magistrat nommé directement aux plus hautes fonctions directement à son entrée dans la magistrature. Par un exemple frappant, Dupin, avocat, a été directement nommé à la fonction de procureur général près la Cour de cassation en 1830 grâce à la bienveillance de Louis-Philippe⁵¹⁵.

Dans ces cas bien différents, l'avancement ne joue qu'à la marge. Puisque l'un et l'autre ne nourrissent pas ou plus d'ambitions d'avancement une fois nommé, l'influence du pouvoir politique n'agit pas ou perd de son intérêt une fois exercée puisque l'inamovibilité protège le magistrat une fois nommé. Le rejet de l'influence ou l'influence assouvie par le magistrat permet le retour sous le giron de l'inamovibilité et de rétablir l'indépendance.

Cependant, la troisième catégorie de magistrat échappe à cette non- influence ou cette influence temporaire, catégorie dans laquelle existe alors une chasse à l'avancement créant ainsi une magistrature empêtrée dans l'influence et soumise au pouvoir politique.

Cette chasse à l'influence découle nécessairement de la structuration même de la magistrature voulue par le Consulat et l'Empire. Si la magistrature est une pyramide, rien de plus logique que les membres de cette pyramide souhaitent la gravir progressivement, logique car issue de « la nature de l'homme de vouloir franchir les degrés de la hiérarchie » pour parvenir au plus haut⁵¹⁶. Dès lors, la recherche de l'avancement, et donc la recherche des faveurs du pouvoir politique devient une préoccupation majeure pour la magistrature qui se retrouve ensevelie sous l'influence préalablement écartée par l'inamovibilité. Des tribunaux entiers vidés de ses membres à l'annonce d'une rumeur d'un poste disponible sollicitant ce dernier⁵¹⁷, des

⁵¹⁴ M. ROUSSELET, « L'avancement dans la magistrature au XIXe siècle », *Revue des Deux Mondes*, 15 mai 1965, n° 10, p. 194 et s. ; Un exemple mentionné ici montre un magistrat nommé juge suppléant au tribunal de Chartres le 5 prairial an VIII (25 mai 1800), nommé président de ce même tribunal le 29 janvier 1811 et parti à la retraite le 1^{er} mars 1841 de ce même poste.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 193.

⁵¹⁶ « Le juge suppléant privé de traitement veut devenir juge, le juge aspire à une présidence, le président rêve de la robe rouge, le conseiller calcule à quelle époque les mises à la retraite lui permettront de présider une chambre », G. PICOT, « La réforme judiciaire », *Revue des deux mondes*, T. 42, 1880, p. 435.

⁵¹⁷ « Un tribunal presque entièrement déserté par des magistrats impatientes d'avancement et le ministre obligé de révoquer tous les congés pour dissiper l'essaim des solliciteurs », M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 195.

magistrats obsédés par l'avancement⁵¹⁸ démontrant l'impact négatif de l'avancement sur la magistrature et fatalement du retour du pouvoir politique au plein cœur de cette dernière, tout aussi négatif. L'avancement est totalement politisé à la discrétion du pouvoir politique. Cette politisation poussée à son paroxysme arrive à un point tel que le magistrat devait être député sous la Monarchie de Juillet pour espérer un avancement aux plus hautes fonctions⁵¹⁹. Toute cette frénésie à l'avancement crée une véritable tension au sein de la magistrature entretenue par le pouvoir politique qui joue avec cette course à l'avancement. Nombre de magistrats seront logiquement déçus car n'ayant pas été choisis pour le poste tant convoité⁵²⁰.

Si la majorité des magistrats convoite à ce point l'avancement, c'est à cause de la structure même de la magistrature et des conséquences de sa hiérarchisation. Le passage à un degré supérieur dans la hiérarchie considérée comme une progression, suppose en réalité la recherche d'une double progression. Le magistrat en quête d'avancement est en réalité en quête de prestige et de meilleurs traitements. L'avancement n'est que le moyen pour l'accroissement du prestige et du traitement du magistrat, elle n'est pas une fin en soi mais un passage obligé. Ces deux causes de l'avancement sont étroitement corrélées à mesure que le poste est plus élevé, le traitement l'est aussi ainsi que le prestige qui y est attaché. Cependant, seul le traitement est une donnée quantifiable alors que le prestige, élément inquantifiable, ne peut être qu'une vue de l'esprit pour celui qui le recherche. Ainsi, les traitements permettent d'observer les disparités entre les fonctions⁵²¹ et ainsi d'en déduire les disparités en matière de prestige qui poussent les magistrats à l'avancement.

Le premier texte fixant la rémunération des magistrats est la loi consulaire du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) portant loi sur l'organisation des tribunaux⁵²². Cette loi permet d'emblée de constater les écarts de rémunération selon les fonctions. L'écart du traitement entre un juge d'un tribunal de province et le premier président de la Cour de cassation est un delta entre 10 et 15. Un juge dispose d'un traitement fixé entre 1000 et 2400 francs annuels alors que le Premier président d'un traitement de 15000 francs. Autres exemples à titre de comparaison, un

⁵¹⁸ « Le Procureur général Colin de Dijon, a la monomanie de la robe rouge à ce point qu'il ne peut parler d'autre chose, même en public », *ibid.*, p. 196.

⁵¹⁹ « Sous la Monarchie de Juillet, ou les magistrats, on le sait, pouvaient être députés, les hautes fonctions judiciaires leur étaient souvent réservées ; c'était un moyen pour le Gouvernement de se les attacher », M. ROUSSELET, *ibid.*, p. 199

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 196.

⁵²¹ Un tableau récapitulatif complet des lois, décrets ou ordonnances modifiant les traitements de la magistrature depuis la loi du 27 ventôse an VIII est présent à l'appendice IV en annexe, in M.ROUSSELET, Histoire de la magistrature, *op. cit.*, T.2.

⁵²² *Duvergier*, T. XII, p. 151 et s.

juge au tribunal de la Seine est rémunéré à hauteur de 3600 francs. Un conseiller de Cour d'appel en province a un traitement de 2000 francs pendant que celui de la Cour d'appel de Paris est de 5000. Enfin, un procureur d'un tribunal de province a un traitement de 1500 francs tandis que celui du tribunal de la Seine est de 5400 francs.

À travers ces quelques exemples concrets, il est aisé de comprendre l'enjeu de l'avancement, où les écarts de traitement entre fonctions / localisation de la juridiction, influe directement sur le niveau de ce dernier. Il est préférable, d'un point de vue pécuniaire, d'être juge à Paris qu'en province, il est préférable d'être conseiller en Cour d'appel que président d'un tribunal de province. Cette réflexion peut être répétée à mesure que l'on progresse en haut de la pyramide, à la Cour de cassation. Ainsi, ces écarts, aussi importants, de rémunérations dans la magistrature poussent nécessairement ces membres à obtenir plus.

Des textes postérieurs à cette loi de l'an VIII vont venir creuser cet écart entre la base de la hiérarchie dont les traitements ne bougeront pas ou à la marge face aux fonctions plus élevées où les rémunérations vont être augmentées.

Par exemple, un décret du 16 juillet 1804⁵²³ rehausse les traitements du premier président et procureur général auprès la Cour de cassation passant de 15 à 30000 mille francs et ceux des conseillers auprès de cette même Cour (de 10000 à 15000) et les premiers présidents et procureurs généraux auprès des Cours d'appel de province (de 3000 à 15000). Un autre décret du 30 janvier 1811⁵²⁴ modifie le traitement des chefs de Cours d'appel de Paris passant de 7500 à 36000 francs annuels, ceux des Cours d'appel de province à 12500 et des conseillers à 2500 francs.

Enfin, une ordonnance du 21 mai 1823⁵²⁵ pousse cette logique de gouffre à son paroxysme en touchant le traitement des juges de province et le premier président et procureur général près la Cour de cassation. Ainsi, le traitement des juges de première instance n'augmente que de 500 francs par rapport à la loi de l'an VIII tandis que ceux des chefs de la Cour de la cassation, déjà réévalué à la hausse, a augmenté de 25000 francs depuis cette même loi.

⁵²³ Décret impérial du 16 juillet 1804 concernant l'Administration de la justice et l'Organisation des Tribunaux criminels et civils, Bull. loi, T. III, p. 392 et s.

⁵²⁴ Décret impérial du 30 janvier 1811 contenant Règlement sur les Dépenses de l'Ordre judiciaire, Bull. loi, n°342, p. 136 et s.

⁵²⁵ Ordonnance du Roi du 21 mai 1823 qui fixe, à compter du 1^{er} janvier 1824, le traitement des magistrats des Tribunaux de première instance placés dans les Villes y dénommées, Bull. loi, T. XVI, p. 455 et s.

Au-delà de faire un descriptif complet de l'ensemble des dispositions textuelles modifiant le traitement des magistrats, ces quelques exemples sont révélateurs d'une tendance assez nette. En effet, sans entrer dans le détail complet des augmentations de traitement de toutes les fonctions, le pourcentage d'augmentation des traitements est frappant entre 1800 et 1823. Le traitement des chefs de la Cour de cassation a augmenté de 116 %, celui des chefs du Tribunal de la Seine de 196 %, celui des chefs de Cours d'appel de Paris de 380% et en province de 400%. Pendant ce même laps de temps, le traitement des juges du tribunal de la Seine a connu une hausse de 66% tandis que ceux des juges et chefs de Cours de tribunaux de provinces que de 25%. Si le delta concernant les traitements entre le haut et le bas de la hiérarchie est de 1 pour 15, il est, en 1823, d'un 1 pour 35.

Cependant, le texte le plus frappant est celui de 1910⁵²⁶ concerne la base de cette hiérarchie, les juges suppléants. En effet, cette loi dispose en son article 98 qu' « est alloué un traitement annuel de 1500 fr. à 290 juges suppléants qui seront désignés par décret du Président de la République et prendront le titre de juges suppléants rétribués »⁵²⁷. A contrario, puisque cette loi attribue un traitement aux juges suppléants, on peut affirmer qu'avant 1910, ils n'en n'avaient pas. Pour ces derniers, la question n'est pas d'avoir un meilleur traitement ou prestige plus important, c'est d'en avoir simplement un. L'avancement joue donc ici un rôle fondamental pour celui qui souhaite avoir un traitement et doit recourir aux faveurs du pouvoir politique pour l'obtenir.

Ainsi, cette succincte analyse des traitements des magistrats permet de faire deux constats. Si le traitement du magistrat est proportionnel au prestige attaché à la fonction, on remarque sans difficulté que les fonctions auprès des Cours d'appel, des tribunaux parisiens et la Cour de cassation sont les mieux rétribuées et qui ont connu une forte progression. Ce sont donc eux qui possèdent le plus fort prestige à côté des tribunaux de province. De plus, puisque les plus fortes hausses concernent les postes les plus élevés dans la hiérarchie, le pouvoir politique pousse insidieusement à l'avancement vers ces postes pour les magistrats en bas de la hiérarchie.

Cette situation d'avancement particulière renouant avec la mainmise du politique sur la magistrature emporte bon nombre de conséquences. L'avancement redessine fortement les contours de la relation entre le pouvoir politique et le magistrat. Sauvegardé de l'influence par l'inamovibilité, l'avancement remet cet équilibre précaire en cause. L'avancement possède un

⁵²⁶ Loi du 8 avril 1910 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1910, JORF du 10 avril 1910, n°98, p. 3157 et s.

⁵²⁷ Art. 98, *ibid.*, p. 3167.

double visage à travers l'avancement tant pour les magistrats qui avancent que pour ceux qui n'avancent pas dans la hiérarchie.

Les magistrats nommés à un poste plus élevé que le précédent ont nécessairement eu recours à l'avancement. Pour ces derniers, l'avancement a une double conséquence liée à l'influence du pouvoir politique. Il apparaît qu'elle ne soit ni plus ni moins qu'une récompense⁵²⁸ pour les magistrats de la part du pouvoir politique. Puisque le pouvoir dispose arbitrairement de l'avancement, ça ne peut évidemment être qu'une récompense basée sur un simple critère subjectif, les faveurs demandées par le magistrat et exaucées par le pouvoir politique. Cet état de fait suppose alors un sacrifice de la part du magistrat. Le recours à la faveur du pouvoir politique dans le cadre de l'avancement est une négation totale de l'inamovibilité. Garantie accordée au magistrat pour sa protection contre le pouvoir politique, l'avancement nécessite que ce même magistrat rejette cette protection. L'avancement entraîne l'abandon de l'esprit de l'inamovibilité. En accédant à l'avancement, le magistrat perd de facto sa protection contre l'influence et l'arbitraire du pouvoir politique, certes à son profit, mais la perd tout de même. Ainsi, l'avancement est une négation de l'inamovibilité quand bien même l'inamovibilité ne régit pas l'avancement. Pour accepter la récompense faite par le pouvoir, le magistrat se départit de sa protection. Cette situation est perdante pour le magistrat et gagnante pour le pouvoir. Il promet qu'il souhaite aux fonctions les plus élevées sans être gêné par l'inamovibilité tandis que le magistrat succombe aux faveurs et perd son unique protection, génératrice de sa propre indépendance du pouvoir politique. L'avancement désarme le magistrat qui n'a pas d'autres choix que d'abandonner l'inamovibilité pour vivre en bonne intelligence avec le pouvoir politique⁵²⁹. Cette bonne intelligence est en réalité le fait pour le magistrat d'accepter l'avancement et les faveurs y étant attachées tout en abandonnant l'inamovibilité.

Dans le cas où l'avancement est effectué, le magistrat perd sa protection et donc son indépendance contre l'influence de manière claire et directe. Dans le cas inverse où le magistrat qui sollicite son avancement sans succès est également indirectement soumis à l'influence, touchant ainsi également à son inamovibilité et par ricochet son indépendance.

Si l'avancement est utilisé comme une récompense quand il est accordé, il prend un aspect négatif contre le magistrat quand il est refusé. Ainsi, le refus d'avancement peut s'analyser en

⁵²⁸ « La magistrature est désormais réorganisée par Napoléon en un corps strictement hiérarchisé. L'avancement est la récompense. Tout magistrat a dans sa besace un poste de procureur général. A lui de bien faire carrière, comme on fait campagne », F. COLOMBET, « Faire carrière », *Pouvoirs*, n°74, Les juges, Septembre 1995, p. 110.

⁵²⁹ M. PREVOST-PARADOL, *La France nouvelle*, Paris, Michel Levy Frères, 1868, p. 182 et s.

une punition déguisée⁵³⁰, en une arme à la disposition du pouvoir politique⁵³¹. Puisqu'aucune règle n'existe pour contrôler l'avancement, le pouvoir politique entretient un flou artistique à son avantage. Rien ne l'oblige à refuser un avancement comme rien ne l'obligeait à l'accorder. Si l'avancement est basé sur un critère purement subjectif à travers la faveur, le refus d'avancement est donc basé sur la défaveur, tout autant subjectif. Dès lors, de manière diffuse mais tout aussi décisive, l'influence du pouvoir politique est totale sur la magistrature. Récompenser le magistrat par un avancement ou le lui refuser aboutit au même résultat, celui de l'emprise du pouvoir politique sur la magistrature. Certes, il ne peut pas punir le magistrat en le révoquant grâce à l'inamovibilité mais l'empêcher de progresser dans la hiérarchie judiciaire s'assimile à une sanction comparable⁵³². La privation d'avancement est une répression à l'encontre des magistrats les incitant dès lors à progresser et solliciter les faveurs, et in fine à être dociles vis-à-vis du pouvoir politique⁵³³.

L'inamovibilité, en tant que telle, joue parfaitement son rôle d'annihilateur d'influence. L'avancement remet en cause l'inamovibilité en ce qu'il fait ressurgir l'influence précédemment bloquée. L'influence n'est ainsi pas totalement supprimée, elle n'est que déplacée. Ce désir d'avancement savamment orchestrée par le politique ruine et fait s'effondrer l'ensemble du dispositif garantissant un rapport d'équilibre entre le pouvoir politique et la magistrature au regard de son indépendance⁵³⁴.

Cette situation soulève nécessairement des critiques justifiées à son égard. L'avancement est un piège qui se referme sur la magistrature de par sa hiérarchisation et l'omnipotence du garde des sceaux qui ne laisse d'autre choix au magistrat que de se laisser prendre dans un jeu de favoritisme suranné⁵³⁵. Ce piège est souhaité par le pouvoir politique, même si chaque garde des sceaux qui le regrette à son entrée en fonction l'utilise, sont des atteintes déplorables à l'inamovibilité, la dignité et l'indépendance des magistrats⁵³⁶. Cette hiérarchisation gouvernée par le favoritisme est néfaste pour la magistrature qui ne devient qu'une milice avec pour seul

⁵³⁰ « A quoi lui sert-il donc d'être inamovible ? En effet, si le gouvernement n'a pas le droit de punir arbitrairement, il a le moyen de ne pas récompenser ce qui n'est pas moins efficace », L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 114 – 115.

⁵³¹ « Il ne faut pas que l'avancement, essentielle à nos yeux pour maintenir et élevé la capacité des magistrats soit une arme contre son indépendance » L-A. EYSSAUTIER, *Réforme de la magistrature et de la procédure*, Deuxième édition, Lyon, Avril 1871, p. 42 et s.

⁵³² L. DEJEAN, *op. cit.*, p. 128.

⁵³³ G. PIRARD, *L'inamovibilité de la magistrature et nécessité de la maintenir*, Paris, Marchal et Billard, 1879, p. 32.

⁵³⁴ L. DEJEAN, *op. cit.*

⁵³⁵ « Admission et avancement dans la magistrature », *Gazette des tribunaux*, 8 mars 1894.

⁵³⁶ « De l'avancement dans la magistrature », *Gazette des tribunaux*, 23-24 mars 1840.

but l'avancement⁵³⁷, guidée par les intérêts privés et plus leur devoir⁵³⁸. Face à ce constat dramatique pour la magistrature, il semble nécessaire de l'encadrer⁵³⁹. Ceci est tout à fait possible car l'armée, ordre aussi hiérarchisé, connaît des règles similaires⁵⁴⁰.

Une citation explicitait ce que devait être l'avancement. Ainsi, « dans la magistrature, pour tous et toujours, l'avancement doit être hiérarchique, judiciaire et non politique ; le cours de l'avancement doit être progressif et régulier »⁵⁴¹. L'auteur de cette citation est Dupin, ce dernier étant l'un des exemples d'un exceptionnel avancement grâce à la faveur du pouvoir politique. Le changement de paradigme sur l'avancement ne pourra provenir que de la volonté du pouvoir politique, et de rien d'autre.

La conséquence directe de l'avancement est la mise à l'écart automatique de l'esprit de l'inamovibilité, de l'indépendance et de la non influence du pouvoir politique sur la magistrature. Dès lors, la magistrature est contaminée par cette influence et notamment la haute magistrature ayant nécessairement eu recours aux faveurs du pouvoir politique. De ce constat logique découle d'autres problématiques sur l'inamovibilité et sa définition. L'inamovibilité, en tant que protection du magistrat contre le pouvoir politique, connaît cependant des gardes fous, des mécanismes levant cette protection comme le crime de forfaiture ou la mise en retraite. À travers ces deux exemples, il est légitime de penser que leurs procédures remettent en cause la définition de l'inamovibilité et sa force car des magistrats y sont parties prenantes. Le pouvoir s'est donc immiscé dans la définition et les contours de l'inamovibilité.

Concernant la mise en retraite du magistrat, la Constitution de 1848 prévoyait que l'inamovibilité tombait quand le magistrat est « mis à la retraite que pour les causes et dans les formes déterminées par les lois »⁵⁴². À l'instar de l'Ancien régime, les magistrats ne quittaient leur poste qu'à leur décès sous la protection de l'inamovibilité⁵⁴³ ne pouvant alors connaître la notion de retraite puisqu'il n'y en a pas. Cependant, une loi prévoit la mise en retraite du magistrat dans un cas spécifique. La loi du 16 juin 1824⁵⁴⁴ permettait l'admission en retraite

⁵³⁷ « La hiérarchie dans les corps judiciaires », *Gazette des tribunaux*, 18 novembre 1871.

⁵³⁸ E. BASQUIN, *L'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille, Le Cateau, Impr. de J. Roland, 1899, p. 62.

⁵³⁹ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 141.

⁵⁴⁰ « De l'avancement dans la magistrature », *Gazette des tribunaux*, 23-24 mars 1840.

⁵⁴¹ « De l'avancement dans la magistrature », *Gazette des tribunaux*, 1er juillet 1840.

⁵⁴² Art. 87, Constitution de 1848.

⁵⁴³ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature*, op. cit., T.2, p. 205 et s.

⁵⁴⁴ Loi du 16 juin 1824 concernant l'admission à la retraite des juges atteints d'infirmités graves et permanentes, Bull. loi n°674, p. 337 et s.

d'un magistrat considéré comme inapte à ses fonctions⁵⁴⁵. Afin de reconnaître la mise en retraite sur infirmité, une procédure spécifique composée d'une première commission convoquée et composée des chefs de la Cour d'appel du magistrat concerné étudie le bienfondé de cette mesure⁵⁴⁶. Elle décide s'il y a lieu d'en référer au garde des sceaux ou non⁵⁴⁷. Après convocation par le garde des sceaux de l'assemblée générale des chambres et nomination de commissaires pour procéder à l'étude du dossier⁵⁴⁸, cette assemblée décidera ou non de la mise en retraite du magistrat⁵⁴⁹. Dans l'affirmative, le garde des sceaux proposera au Roi d'appliquer cette mesure⁵⁵⁰.

Au-delà de l'aspect très procédural de cette mise en retraite qui paraît très équilibré, les protagonistes présents sont nettement plus révélateurs de nos développements antérieurs. Cette procédure est pilotée par le pouvoir politique avec en pivot le garde des sceaux et consacre le rôle central joué par des magistrats. Ces magistrats choisis pour cette procédure sont ceux de la Cour d'appel. Au regard de nos observations précédentes, un problème se pose nécessairement. Après en avoir conclu que le pouvoir politique a contaminé la magistrature par son influence, les magistrats ayant accédé à des fonctions élevées dans la hiérarchie judiciaire sont les premiers concernés par cette influence.

Dès lors, la commission et l'assemblée générale de la Cour d'appel sont donc directement visées par cette influence. Puisque l'influence a joué, l'indépendance de ces magistrats n'est plus totalement garantie. La procédure de mise en retraite révèle une suspicion légitime à son encontre du fait des membres qui la composent. En un sens, c'est donc le pouvoir politique qui décide de la mise en retraite et de la suspension de l'inamovibilité pour le magistrat. Par ce biais, le pouvoir contourne le principe à travers une faille dans sa définition.

Une faille similaire est décelable dans la procédure en cas de forfaiture, autre possibilité de mise en échec de l'inamovibilité lors de sa première définition⁵⁵¹. Définie à l'article 166 du Code pénal de 1810⁵⁵², la forfaiture fait l'objet d'une procédure toute particulière mettant en lumière

⁵⁴⁵ « Dans les cas où il y aura lieu à admettre à la retraite les membres de nos cours et tribunaux que des infirmités graves et permanentes mettraient hors d'état d'exercer leurs fonctions », Art. 1, *ibid.*

⁵⁴⁶ Art. 2 et 3, *ibid.*

⁵⁴⁷ Art. 6, *ibid.*

⁵⁴⁸ Art. 7 à 10, *ibid.*

⁵⁴⁹ Art. 11, *ibid.*

⁵⁵⁰ Art. 12, *ibid.*

⁵⁵¹ La Constitution de l'an III disposait en son article 206 du titre VIII nommé Pouvoir judiciaire que « les juges ne peuvent être destitués que pour forfaiture légalement jugée ».

⁵⁵² « Tout crime commis par un fonctionnaire public dans ses fonctions, est une forfaiture », Art. 166, C. pén. de 1810.

la haute magistrature. En effet, le Code d'instruction criminelle de 1808 précise qu'en cas de forfaiture, la poursuite et l'instruction sont assurées par des magistrats spécifiques. En effet, « les fonctions ordinairement dévolues au juge d'instruction et au procureur impérial seront immédiatement remplies par le premier président et le procureur général près la cour impériale »⁵⁵³. La poursuite du crime sera exécutée par le Procureur général sur l'ordre du grand-juge ministre de la Justice⁵⁵⁴. Le premier président, en tant que juge d'instruction, transmet le dossier au premier président de la Cour de cassation⁵⁵⁵.

À l'instar de la mise en retraite pour infirmité, nous retrouvons dans la procédure en cas de forfaiture, les mêmes limites. En effet, la haute magistrature et le pouvoir politique sont au cœur de cette procédure, soulevant à nouveau les mêmes interrogations sur la réelle indépendance des magistrats statuant sur les limites de l'inamovibilité. Ces magistrats ont le pouvoir de faire tomber l'inamovibilité d'un autre magistrat sous le regard actif du pouvoir politique. L'intervention du magistrat en pareille procédure n'est pas en soi problématique. En revanche, l'intervention de magistrats à haute responsabilité, donc ayant subi l'influence du pouvoir politique l'est nettement plus. Ce mélange des genres rend cette procédure « des plus curieuses, surtout sous l'empire d'une Constitution qui a solennellement proclamé la séparation des pouvoirs »⁵⁵⁶ et donc l'indépendance des magistrats.

À travers ces deux exemples de mise en échec de l'inamovibilité, on peut affirmer que l'intervention de hauts magistrats pose nécessairement questions du fait de la problématique de l'avancement. Une violation de l'esprit de l'inamovibilité peut entraîner la suspension de l'inamovibilité elle-même. Ainsi, l'inamovibilité dispose de faiblesses internes, propres à sa définition qui atténue nécessairement son impact sur la magistrature. L'inamovibilité est soumise malgré tout à l'influence par l'aléa de l'avancement.

⁵⁵³ C. Inst. Crim., Art. 484.

⁵⁵⁴ C. Inst. Crim., Art. 486.

⁵⁵⁵ C. Inst. Crim., Art. 489.

⁵⁵⁶ L. DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 43 et s.

II : Les faiblesses externes de l'inamovibilité

Après en avoir conclu que le principe d'inamovibilité possédait des lacunes propres à sa définition qui ne pouvait être absolue, ce même principe connaît en plus une applicabilité restreinte au sein de la magistrature. Cette applicabilité restrictive démontre ainsi de nouvelles faiblesses réduisant un peu plus la portée du principe protecteur d'inamovibilité, limitant ainsi sa force une nouvelle fois. Selon sa définition constante, l'inamovibilité s'applique aux juges sans autre précision de prime abord. Cependant, elle ne s'applique pas à l'ensemble des membres de la magistrature. Afin de déterminer les contours de cette applicabilité restreinte, il semble nécessaire de s'intéresser aux différents magistrats à qui ne s'appliquent pas l'inamovibilité et pour quelles raisons. Ainsi, les juges de paix, les magistrats du ministère public et les juges en fonction dans les colonies sont des exemples de magistrats qui ne sont qu'amovibles.

Concernant la justice de paix, ses membres originellement élus et considérés comme inamovibles⁵⁵⁷ ont perdu cette protection. De manière explicite, la Constitution du 22 frimaire an VIII⁵⁵⁸, les Chartes de 1814⁵⁵⁹ et 1830⁵⁶⁰ affirment que les juges de paix sont amovibles tandis qu'on réaffirme concomitamment l'inamovibilité des juges de manière générale. Cette amovibilité soudaine et spécifique peut s'expliquer par un double facteur, par l'étendue de ses fonctions couplée à la faiblesse des compétences demandées pour les exercer. Il existe un réel décalage tout au long du XIX^{ème} siècle entre ces deux facteurs. Une loi du 25 mai 1838⁵⁶¹ énumère l'ensemble des cas de compétence matérielle du juge de paix qui l'oblige pour se faire à être tantôt « juge, officier de police judiciaire et auxiliaires du parquet »⁵⁶². Cette loi élargissait les compétences déjà étendues des juges de paix depuis la loi de 1790⁵⁶³. En parallèle à ces compétences élargies, aucune condition particulière de capacité n'était exigée pour assurer les fonctions de juge de paix. Ce silence permet dès lors au pouvoir politique, en tant qu'autorité de nomination, de choisir n'importe qui au hasard même s'il n'a aucune formation juridique

⁵⁵⁷ Art. 2 et Art. 7, Constitution de 1791

⁵⁵⁸ « Les juges, autres que les juges de paix, conservent leurs fonctions toutes leur vie [...] », Art. 68.

⁵⁵⁹ « La justice de paix est également conservée. Les juges de paix, quoique nommés par le roi, ne sont point inamovibles », Art. 61, Charte constitutionnelle du 4 juin 1814.

⁵⁶⁰ La même formulation est reprise à l'article 52 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830.

⁵⁶¹ Loi du 25 mai 1838 sur les Justices de paix, in. Bull. des lois du royaume de France, IX^{ème} Série, T. XVI, p. 705 et s.

⁵⁶² L.DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 108 et s.

⁵⁶³ Art. 10 et s., Loi sur l'organisation judiciaire des 16 et 24 août 1790, in *Duvergier*, Paris, 1817, T. I, p. 434 et s.

pour être juge de paix, problème subsistant depuis 1840⁵⁶⁴. Malgré ce constat, l'opposition, entre l'étendue des fonctions et le silence sur la capacité, entraîne forcément l'amovibilité des juges de paix. En effet, « la multiplicité de leurs fonctions et l'absence de conditions légales de capacité » nécessitait la possibilité de réparer les erreurs que le pouvoir politique pourrait commettre dans leur choix⁵⁶⁵. À défaut d'exiger la capacité du juge de paix, son absence nécessite l'amovibilité dans le cas où « le choix du garde des sceaux porterait sur un incapable, une révocation doit pouvoir intervenir »⁵⁶⁶. En l'état, la dispense de preuve de capacité est la cause de l'amovibilité des juges de paix, tenus sous dépendance. Le pouvoir politique n'avait que trop peu confiance envers ces derniers⁵⁶⁷. Ce manque de confiance nécessite pour le pouvoir politique un droit de révocation qui ne peut s'accorder avec le principe d'inamovibilité. Cette ambiguïté sera partiellement levée par une loi du 12 juillet 1905⁵⁶⁸ où seront dès lors exigées des capacités spécifiques pour exercer la fonction de juge de paix tenant sur des diplômes, stages ou fonctions antérieures⁵⁶⁹. Néanmoins, cette exigence nouvelle de capacité n'a pas entraîné l'inamovibilité des juges de paix, simplement une révocation en commission encadrée par le garde des sceaux et des hauts magistrats⁵⁷⁰. Une loi de 1926⁵⁷¹ exigeant un examen en sus des capacités de la loi de 1905 ne revient pas sur l'amovibilité des juges de paix.

Malgré l'absence d'exigence de capacité ou non, il semblerait évident que le juge de paix soit inamovible car il a justement des compétences très étendues. Il pourrait dès lors bénéficier de cette protection comme les autres juges. Cette absence de protection renvoie donc nécessairement aux difficultés précédemment évoqués sur l'influence du pouvoir politique sur cette frange particulière de la magistrature et remet en lumière sa soumission à ce dernier à travers les écrits de Balzac dépeignant une justice de paix aux ordres à travers des promesses

⁵⁶⁴ J. CRUPPI, *Journal officiel*, chambre des députés, Séance de mars 1899, p. 621.

⁵⁶⁵ L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 88 et s.

⁵⁶⁶ L. DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 109.

⁵⁶⁷ F. BERRIAT SAINT-PRIX, « De l'indépendance des juges de paix », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, T. VIII, 1879, p. 754 et s.

⁵⁶⁸ Loi du 12 juillet 1905 concernant la compétence des juges de paix et la réorganisation des justices de paix, JORF du 13 juillet 1905, p. 4281 et s.

⁵⁶⁹ Art. 19 et s., *ibid.*

⁵⁷⁰ « 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 des trois directeurs au ministère de la justice, et après avoir été entendus s'ils le demandent », Art. 21, *ibid.*

⁵⁷¹ Loi du 5 novembre 1926 portant conditions de nominations des juges de paix, JORF du 10 novembre 1926, p. 11966 et s.

de récompense ou menaces de sanction⁵⁷². Bien que l'inamovibilité aurait pu être accordée à ces juges très particuliers, il en a été autrement car on estimait que la fonction ne le permettait pas. Le manque de confiance du pouvoir politique envers les juges de paix a empêché leur inamovibilité.

Si la fonction de juge de paix rend délicate son inamovibilité pour le pouvoir politique, la fonction de ministère public exige qu'elle soit nécessairement amovible. Son amovibilité s'explique par le rôle attribué aux magistrats du parquet. À son origine, le procureur était un officier dénommé « saïon » chargé d'attributions administratives et fiscales à partir du VII^{ème} Siècle transformé par Charlemagne en conservateurs de la Loi. Une filiation est établie par la suite avec les procureurs du Roi, puis de l'avocat du Roi. Avocat qui avait des attributions judiciaires par le biais de ses attributions financières à travers les amendes prononcées entraînant une confusion dans leur rôle, devenant ainsi, du fait de la confusion, la réplique des avocats et procureurs des particuliers. Le déclin des poursuites privées au VIII^{ème} siècle créa un vide devant être comblée par des poursuites d'office. Le procureur du Roi pouvait alors provoquer la poursuite pénale⁵⁷³. Le lien avec le pouvoir politique du ministère public est, dès ses plus lointaines origines, très présent. La loi des 16 et 24 août 1790 posait les bases d'une telle fonction. Ainsi, « les officiers du ministère public sont agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux »⁵⁷⁴. Dans le même temps, on estime que ces mêmes officiers du ministère public « ne pourront, ainsi que les juges, être destitués que pour forfaiture dûment jugée par juges compétents »⁵⁷⁵.

À la lumière de la définition et des effets de l'inamovibilité, le statut conféré au ministère public et la protection qui lui est accordée, à travers cette loi cardinale, semble antinomique. Si l'on considère que le ministère public est un agent du pouvoir politique, il n'a aucune raison d'être inamovible. À l'inverse, si l'on considère le ministère public inamovible, il ne peut pas être un agent du pouvoir. Il ne peut être sous une influence admise, constante et voulue (en tant qu'agent du pouvoir exécutif) et dans le même temps, souhaiter l'en prémunir (par l'inamovibilité). Selon ces deux conceptions opposées à savoir une dépendance totale au pouvoir ou une indépendance garantie du pouvoir, une est nécessairement de trop, les deux ne pouvant pas être concomitantes.

⁵⁷² M. LITCHELLE, « Balzac et la justice de paix », *Cahiers de l'Association internationale des études françaises*, 1992, n°44. p. 134 et s.

⁵⁷³ M-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, thèse, Paris, LGDJ, 1967, p. 16 – 18.

⁵⁷⁴ Art. Premier, Titre VIII Du ministère public, Loi des 16 et 24 août 1790, *op. cit.*

⁵⁷⁵ Art. 8, Titre II Des juges en général, *ibid.*

Assez rapidement, la première conception l'emportera sur la seconde et ce de manière durable. En effet, le ministère public disparaîtra des définitions de l'inamovibilité et de ses consécutions successives. À partir de l'an III⁵⁷⁶, l'inamovibilité ne concernera plus que les juges de manière générique, écartant de facto les magistrats du parquet. Ainsi, c'est en raison, du rôle du ministère public que l'inamovibilité est écartée. Chargé de faire « observer, dans les jugements, à rendre les lois qui intéressent l'ordre général »⁵⁷⁷, cette fonction est nécessairement en lien direct avec le pouvoir politique. Si ce dernier doit s'assurer de l'exécution et l'application de la loi de manière générale⁵⁷⁸, ce rôle est échu au ministère public dans l'ordre judiciaire. Dès lors, il ne peut être coupé de l'influence du pouvoir politique, et ne peut être pas être valablement inamovible puisqu'il en est une émanation de l'exercice de l'action publique⁵⁷⁹. Cependant, l'inamovibilité permet, au-delà du contrôle de l'influence du pouvoir, d'anéantir ou du moins de limiter l'arbitraire, d'éviter une dépendance trop extrême, à défaut d'indépendance. La conciliation entre la fonction et la protection du ministère public est délicate et suppose de la mesure dans l'application ou non de l'inamovibilité. D'un point de vue théorique, l'inamovibilité ou l'amovibilité des membres du parquet peut emporter des conséquences tant dommageables pour les magistrats que le pouvoir politique du fait du rôle du ministère public.

L'inamovibilité des magistrats du parquet les protégeraient d'une révocation arbitraire de la part du pouvoir politique, pour leur permettre d'être indépendants. Cette indépendance peut devenir problématique si le ministère public viendrait à abuser de sa fonction pour mettre en échec cette délégation, et par ricochet, le pouvoir politique lui-même. À l'inverse, l'absence d'inamovibilité peut engendrer une trop grande dépendance des magistrats qui n'assurent plus leur rôle, n'étant qu'un simple instrument du pouvoir⁵⁸⁰.

Entre ces deux extrêmes, « la vérité sera donc de placer les officiers du parquet dans un état intermédiaire, dépendant assez du gouvernement pour ne pas exercer leurs fonctions d'une façon arbitraire et assez libres de leur conduite pour diriger l'action publique selon leur conscience et les inspirations de la justice »⁵⁸¹. Il semble nécessaire alors que les membres du

⁵⁷⁶ « *Les juges ne peuvent être destitués [...]* », Art. 206, Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795).

⁵⁷⁷ Art. 2, Titre VIII, loi des 16 et 24 août 1790, *op. cit.*

⁵⁷⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. XI, Chap. VI.

⁵⁷⁹ J. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Paris, Nève, 1837, T. 1, p. 17 et s.

⁵⁸⁰ « Du ministère public, Chap. II », *Revue de droit public et de la science politique*, 8^{ème} année, T. XVI, juillet-août 1901, p. 96.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 97.

parquet soient à la fois un peu dépendants et un peu indépendants dans un équilibre nécessairement instable.

Puisque de manière constante l'inamovibilité n'est pas appliquée aux magistrats du parquet, ils sont dès lors nécessairement amovibles. Le pouvoir politique préfère risquer une trop grande dépendance des magistrats néfaste pour eux qu'une indépendance de ces derniers seulement nuisible pour lui. Ainsi, du fait du rôle spécifique du ministère public et des dangers l'entourant, le pouvoir estime que l'amovibilité doit être exigée.

Il semblerait donc, que l'inamovibilité, ne trouve vocation qu'à s'appliquer qu'au seul magistrat du siège, puisque le juge de paix et le magistrat du parquet en sont exclus du fait de leurs fonctions spécifiques qui empêchent l'inamovibilité ou exigent l'amovibilité. De ce postulat, la fonction de magistrat du siège nécessite donc logiquement l'inamovibilité de ces membres tels que qualifiés par la notion de juge dans la définition de l'inamovibilité.

Cependant, même pour ces magistrats, l'inamovibilité ne connaît qu'une applicabilité limitée. Il apparaît qu'un régime spécifique est applicable à la magistrature coloniale impactant le principe d'inamovibilité, normalement applicable. Au-delà de ce régime général et spécial, l'exemple de la magistrature algérienne est la plus frappante à ce propos.

D'abord assimilées à la métropole⁵⁸², les colonies ont durablement été soumises à un régime distinct à partir de la Constitution de l'an VIII⁵⁸³. C'est dans ce régime particulier que l'inamovibilité a été appréhendée, préservée d'une inconstitutionnalité certaine.

Le premier texte régissant de manière globale cette magistrature particulière est une ordonnance de 1841⁵⁸⁴ créant pour la première fois un statut spécifique de la magistrature⁵⁸⁵. Son article 1^{er} traite indirectement de l'inamovibilité, dans le sens où il prévoit que la révocation des magistrats sera faite par ordonnance après rapport du garde des sceaux et du ministre de la marine et des colonies. On comprend aisément à travers cet article 1^{er} que le pouvoir politique dispose sur le magistrat colonial « d'un droit express de révocation des magistrats »⁵⁸⁶.

⁵⁸² « Les colonies françaises sont parties intégrantes de la République, et sont soumises à la même loi constitutionnel », Art. 6, Titre 1^{er}, Constitution du 5 fructidor an III.

⁵⁸³ « Colonies françaises. Législation et organisation judiciaire », *France judiciaire*, T. 8, 1883-1884, première partie (Études historiques et juridiques), p. 60 et s.

⁵⁸⁴ Ordonnance du roi concernant la magistrature des colonies du 28 juillet 1841, Coll. Compl. Des lois, T. 41, p. 470.

⁵⁸⁵ M. FABRE, « Le magistrat d'outre-mer : l'aventure de la justice », in B. DURAND et M. FABRE, *Le juge et l'outre-mer. Les roches bleues de l'Empire colonial*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, p. 78.

⁵⁸⁶ L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 89.

Un tel droit sur les magistrats ne peut évidemment pas s'accommoder avec un principe si protecteur de ces derniers comme l'inamovibilité. De facto, ces magistrats coloniaux, tant ceux du parquet que du siège, ne peuvent donc être qu'amovibles. Si pour les premiers cela rejoint la logique relative au ministère public de manière globale, on remarque alors pour les seconds une différence nette de traitement. Le magistrat du siège colonial est amovible. Ce principe fait suite à une ordonnance de 1827⁵⁸⁷ qui commença à mettre un terme aux régimes spécifiques de chaque colonie qui prévoyait localement l'organisation judiciaire et l'inamovibilité en particulier⁵⁸⁸ pour progressivement poser la règle de l'amovibilité.

Au-delà de l'amovibilité des magistrats des colonies, l'exemple de la magistrature algérienne, d'abord colonie à partir de 1830 puis département français à partir de 1848⁵⁸⁹, et de son amovibilité pousse à son paroxysme la problématique de l'inamovibilité des magistrats en dehors de la métropole, en outre-mer. À l'instar des colonies, la magistrature algérienne dispose d'une organisation judiciaire spécifique rejetant le principe d'inamovibilité. Progressivement et par divers textes normatifs⁵⁹⁰, la magistrature algérienne dispose d'un statut et de règles particulières, différents de celui de la métropole s'alignant sur celui des autres colonies la rendant amovible.

Néanmoins, un débat a éclaté à la lumière de la loi de 1883⁵⁹¹ et son applicabilité à l'Algérie de l'inamovibilité proclamée. Cette question fut tranchée par la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative. Un avis de la Cour de cassation du 9 juin 1885 estime que seule une disposition de la loi de 1883 visant expressément l'Algérie lui était alors applicable⁵⁹². Puisque les articles 13 et 15 sur l'inamovibilité ne la visait pas expressément, cela « n'avait pas eu pour but, ni pour effet de modifier le régime intérieur auquel était soumise la magistrature

⁵⁸⁷ Ordonnance du Roi concernant l'organisation de l'Ordre judiciaire et l'administration de la justice à l'île de Bourbon, Bull. lois n°212, n° 70908 ; in Bulletin de lois du Royaume de France, VIIème série, T. 8, p. 97 et s.

⁵⁸⁸ V. sur ce point pour l'ensemble des colonies françaises et des textes relatifs à l'organisation judiciaire propre à chacune de ces dernières, P. DARESTE, Traité de droit colonial, Paris, Impr. du Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniales, 1931, T. 2, Chapitre 5 Organisation judiciaire, p.391 – 393.

⁵⁸⁹ Art. 1, Arrêté du 9 décembre 1848 portant organisation de l'administration générale en Algérie, Coll. Complète des lois, T. 48, 1848, p. 638 et s.

⁵⁹⁰ Ordonnance du 10 août 1834 concernant l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice dans les possessions françaises du nord de l'Afrique, Coll. Complète des lois, T. 34, 1834, p. 211 et s. ; ordonnance du 31 octobre 1838 sur l'administration civile de l'Algérie, *Duvergier*, T. 38, 1838, p.693 et s. ; ordonnance du 28 février 1841 sur l'organisation de la justice en Algérie, *ibid.*, T. 41, 1841, p. 94 et s.

⁵⁹¹ Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, JORF du 31 août 1883, p. 4569.

⁵⁹² Par ex. Ch. Rèq. 23 juin 1886 sur applicabilité directe de l'article 1 et 2 de la loi de 1883 à la magistrature algérienne sur le nombre de magistrats nécessaire pour rendre un arrêt d'Appel puisque l'article mentionne expressément la Cour d'appel d'Alger à travers l'article faisant référence au tableau A annexé à la loi, S., 1887, p. 265.

algérienne »⁵⁹³. Du fait de ce régime général et spécial prévoyant l'amovibilité, la loi de 1883 n'a pas eu pour effet de le remettre en cause.

De plus, une décision du Conseil d'État⁵⁹⁴ s'est également prononcée sur la question, confirmant la solution précédemment évoquée. Il est rappelé à la fois le régime spécifique et particulier de la magistrature algérienne par rapport à la magistrature de métropole et que « vu le motif déterminant de l'article 11 de la loi de 1883 était étranger aux magistrats de l'Algérie, l'article 15 ne pouvait les concerner sans une manifestation expresse et formelle du législateur ; ils ont conservé la situation particulière des dispositions réglementaires de 1842 et 1848⁵⁹⁵ »⁵⁹⁶. Cette solution jurisprudentielle ne manque pas de soulever la critique estimant que cette loi devait s'appliquer, que la magistrature algérienne reste inférieure à la magistrature métropolitaine sur le plan de son amovibilité réaffirmée⁵⁹⁷, alors que l'inamovibilité semblait essentielle pour garantir son indépendance⁵⁹⁸.

Dès lors, la magistrature algérienne continue de n'être qu'amovible. Face à cela, Frégier, président du Tribunal de 1^{ère} instance de Sétif s'est interrogé sur ce particularisme qui touche cette magistrature⁵⁹⁹. Estimant que l'inamovibilité est une marque d'honneur, de confiance, de sauvegarde d'indépendance pour le juge et de sécurité pour le justiciable⁶⁰⁰, il ne comprend pas pourquoi la magistrature algérienne n'en bénéficie pas. Il estime, à raison, que le juge métropolitain exerce les mêmes fonctions, dispose des mêmes droits et devoirs que le juge algérien⁶⁰¹. Le juge inamovible à Marseille devient amovible à Alger et inversement, changement justifié par « la seule traversée de la mer Méditerranée »⁶⁰². Il pense enfin que la magistrature amovible algérienne est considérée « collectivement ou individuellement comme une magistrature incapable, faible, ignorante, complaisante, mal choisie, inexpérimentée, de hasard »⁶⁰³. On ressent à travers sa démonstration les dégâts causés et son incompréhension face à l'inamovibilité qu'il estime n'être aucunement et valablement justifiée. Cette

⁵⁹³ V. note n°7 « La loi du 30 août 1883 a-t-elle conféré l'inamovibilité à la magistrature algérienne », S., 1887, p. 265 et s.

⁵⁹⁴ Décision n° 79.748 du 23 juin 1893, Rec., 1893, p. 505 et s.

⁵⁹⁵ Arrêté du 22 novembre 1842 posant le principe que les juges sont nommés et révoqués sur le rapport du garde des sceaux et arrêté du 20 août 1848 du chef du pouvoir exécutif prévoyant que les arrêtes de révocation des juges sont rendus sur le rapport du ministre de la justice ; in *ibid.*, p. 507.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 510.

⁵⁹⁷ « La loi du 30 août 1883 et la magistrature algérienne », *Gazette des tribunaux*, 7 août 1886.

⁵⁹⁸ « La magistrature coloniale », *Gazette des tribunaux*, 20 mars 1897.

⁵⁹⁹ C. FREGIER, *De l'inamovibilité judiciaire en Algérie par un magistrat algérien*, Sétif, Impr. De Ve Vincent, 1862, 42 p.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 8.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 24.

⁶⁰³ *Ibid.*, p.29.

incompréhension soulevée à l'égard de la magistrature algérienne peut être dupliquée à l'ensemble des colonies également où sévit l'amovibilité des magistrats du siège au contraire de ceux de la métropole.

La raison principale d'une telle spécificité pour l'Outre-mer ne peut provenir que de l'effet de l'inamovibilité, puisque la fonction ne peut être un critère valable. En consacrant l'amovibilité, le pouvoir politique ne peut souhaiter que de garder la magistrature ultramarine sous son influence.

Cette applicabilité distincte de la métropole peut s'expliquer par la spécificité intrinsèque de la magistrature des colonies. Monsieur le Professeur Bernard Durand a examiné avec précision cette magistrature coloniale⁶⁰⁴. Il estime qu'elle se distingue par un absentéisme couplé à la rareté des magistrats souhaitant exercer leurs fonctions dans les colonies. Cette magistrature absente nécessite des intérimaires souvent d'un niveau amateur. Pour pallier cette difficulté pragmatique, une magistrature extrêmement mobile, ambulante dans ces territoires est dès lors nécessaire. L'urgence de mobilité serait rendue délicate par l'inamovibilité, nécessitant alors l'amovibilité. Cette justification n'est pas tant une cause du mal dont l'amovibilité est un remède qu'une conséquence. Cette magistrature ambulante est rendue possible par cette volonté d'amovibilité, qui est à la fois le poison et l'antidote. L'amovibilité est le moyen idoine d'avoir sous contrôle, de « garder la main »⁶⁰⁵ pour le pouvoir politique. On peut penser que puisque le recrutement de bons magistrats est difficile dans ces territoires, et le risque d'erreur justifie l'amovibilité, mais l'amovibilité « n'est pas un très bon moyen d'attirer dans les colonies des magistrats sérieux que de leur offrir que des situations précaires, et de les placer sous la dépendance des gouverneurs »⁶⁰⁶. Dès lors, l'amovibilité nécessaire à ce problème ne fait, en réalité, que de le créer, de l'alimenter au lieu de le régler. Cette magistrature construite sur l'amovibilité durant tout le XIX^{ème} rendra délicate toute potentielle inamovibilité. À titre d'exemple, lors d'une discussion sur la justice dans les colonies⁶⁰⁷, on regrette le manque

⁶⁰⁴ B. DURAND, « Les magistrats coloniaux entre absence et errance », in B. DURAND et M. FABRE, *Le juge et l'outre-mer. Les roches bleues de l'Empire colonial*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, p. 47 – 71.

⁶⁰⁵ B. DURAND, « un dogme soumis "à la force des choses" : l'inamovibilité des magistrats Outre-Mer », *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, vol. 82, n° 2, p. 249 – 252.

⁶⁰⁶ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 36.

⁶⁰⁷ E. FLANDIN, « La justice aux colonies. Rapport et discussion », *Revue pénitentiaire et de droit pénal. Bulletin de la Société générale des prisons*, T. 34, 1910, n° 1, janvier, p. 42 – 81.

d'indépendance des magistrats tout en ne proposant qu'une inamovibilité atténuée en contrepartie.

À travers la justice de paix, le ministère public et la magistrature coloniale, nous avons pu observer que le principe d'inamovibilité connaît de fortes restrictions puisqu'il est inapplicable pour des raisons pas toujours nécessairement valables. In fine, le point commun entre ces trois exemples est la volonté pour le pouvoir politique de garder sous sa sphère d'influence ces différents types de magistrats.

Si l'inamovibilité est un principe constamment réaffirmé démontrant son importance et sa nécessité, il n'en reste pas moins qu'il reste d'une extrême fragilité. Bien qu'important, il n'est pas absolu. La magistrature est un diptyque reposant sur la nomination par le pouvoir politique et l'inamovibilité équilibrant les rapports avec ce dernier. Dans ce rapport de force entre les deux, vu la faiblesse de l'inamovibilité, le pouvoir politique prendra sans peine l'ascendant sur la magistrature. Ce principe n'est tellement pas absolu que l'on peut considérer qu'il n'existe pas. Les épurations de la magistrature sont une démonstration éclatante du déséquilibre complet au profit du pouvoir politique et de sa domination de la magistrature.

Section 2 : Un principe rejeté

En plus de connaître intrinsèquement de fortes restrictions et faiblesses, l'inamovibilité sera même à de multiples reprises complètement remise en cause ou temporairement écartée par le pouvoir politique à travers des épurations de la magistrature (Paragraphe 1). Cette utilisation de l'épuration procédant à première vue, d'intérêts divergents, suppose néanmoins une volonté partagée, à savoir pour le pouvoir politique d'avoir une magistrature qui lui est conforme, qui lui convient, comme un bégayement de l'histoire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les processus d'épurations

Les multiples épurations subies par la magistrature au cours du XIX^{ème} et XX^{ème} siècles reposent sur deux méthodes distinctes. Elles ont pu être soit clairement explicites (I) soit déguisées les rendant implicites (II), épurations explicites et implicites qui se croiseront au fil du temps, aboutissant cependant au même résultat. Ces épurations ont touché indifféremment tant les magistrats amovibles du parquet que les magistrats inamovibles du siège. Il est évident

que les épurations du parquet ne rentrent pas en conflit avec l'inamovibilité mais démontrent un climat d'ensemble par l'assimilation avec le siège dans le cadre d'une épuration globale de la magistrature. Ainsi, nous nous focaliserons principalement sur les épurations touchant les magistrats inamovibles. Dès lors, si la consécration de l'inamovibilité est une constante, sa remise en cause l'est tout autant.

I : Des épurations explicites

Tout au long du XIX^{ème} siècle et de la première moitié du XX^{ème}, le pouvoir politique usera de divers moyens afin de suspendre ou remettre en cause l'inamovibilité de la magistrature pour pouvoir l'épurer.

La première épuration explicite et identifiable de la magistrature est intervenue en 1807. Avant cette date, d'autres épurations peuvent être observables. Néanmoins, bien qu'elles consistent à remettre en cause les magistrats de leurs fonctions, elles interviennent soit lors de la Constituante pour épurer les magistrats de l'Ancien Régime afin de le solder soit au cours des années postérieures pour épurer les magistrats élus⁶⁰⁸. Dans le cadre de notre étude sur la relation entre le pouvoir politique et la magistrature à travers la nomination par le premier et l'inamovibilité de la seconde, l'épuration s'entend par une remise en cause de l'inamovibilité par le pouvoir politique, en tant qu'autorité de nomination. Les épurations explicites de la magistrature sont remarquables sur deux aspects ; leur récurrence chronologique et leur diversité d'approche. Enfin, ces épurations seront nécessairement suivies d'effets, à l'encontre de la magistrature.

Ainsi, la première épuration à être intervenue à partir de la reconnaissance du pouvoir de nomination des magistrats par le pouvoir politique et de la consécration du principe d'inamovibilité de ces derniers est intervenue en 1807. En effet, le sénatus-consulte du 12 octobre 1807⁶⁰⁹ est épurateur à travers une remise en cause par un effet tant présent que futur de l'inamovibilité.

⁶⁰⁸ J-P. ROYER, « Les épurations judiciaires de 1789 à 1815 », communication au Colloque *L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Association française pour l'histoire de la justice, Paris, 4-5 décembre 1992; Histoire de la Justice, année 1993, n° 6, p. 11 – 25.

⁶⁰⁹ Sénatus-consulte du 12 octobre 1807 concernant l'Ordre judiciaire, in Sirey, Recueil général des lois, T. VII, 2^{ème} partie, p. 230 et s.

La remise en cause immédiate de l'inamovibilité se fait par le truchement du grand-juge ministre de la justice et d'une commission sénatoriale⁶¹⁰ chargée d'examiner les magistrats si « ils se seraient signalés par leur incapacité, leur inconduite et des déportements dérogeant à la dignité de leurs fonctions »⁶¹¹. Cet examen, fait courant décembre 1807⁶¹², débouchera sur un rapport motivé de la commission présentant les magistrats devant être révoqués⁶¹³, recommandations que l'empereur choisira de suivre ou non⁶¹⁴. Concernant ses effets futurs, en son article 1^{er}, le sénatus-consulte dispose qu'« à l'avenir, les provisions qui instituent les juges à vie, ne leur seront délivrées qu'après cinq ans d'exercice de leurs fonctions, si à l'expiration de ce délai, sa majesté l'empereur et roi reconnaît qu'ils méritent d'être maintenus dans leur place »⁶¹⁵. Ce sénatus-consulte prévoit ainsi une menace d'épuration immédiate aux articles 2 et suivants mais également « une menace constante pour les magistrats entravant leur indépendance »⁶¹⁶ à l'article 1^{er}, puisque amovible pendant une durée de cinq années. Le sénatus-consulte de 1807 procède à une épuration et un contrôle futur de l'octroi de l'inamovibilité fondés sur l'incompétence supposée des magistrats nuisible à la magistrature⁶¹⁷. Ce sénatus-consulte justifie le procédé épuratoire en souhaitant écarter le « trafiquant sans pudeur de leur état, dépourvus de toute connaissance, sans mœurs, sans aucun sentiment de bienséance, et dont la vie n'est qu'un long scandale »⁶¹⁸ du reste de la magistrature. Certains auteurs réfutent le fait que cette épuration de 1807 ait un mobile politique pour se focaliser uniquement sur l'indignité des magistrats sous le prisme de la compétence⁶¹⁹.

⁶¹⁰ Art. 3 et 4, *ibid.*

⁶¹¹ Art. 2, *ibid.*

⁶¹² Art. 2, *ibid.*

⁶¹³ Art. 5, *ibid.*

⁶¹⁴ Art. 6, *ibid.*

⁶¹⁵ Art. 1, *ibid.*

⁶¹⁶ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p.73.

⁶¹⁷ « Il est nécessaire avant d'instituer les juges d'une manière irrévocable, la justice de sa majesté l'Empereur et roi soit parfaitement éclairée sur leurs talents, leur savoir, et leur moralité, afin qu'aucune partie de leur conduite ne puisse altérer, dans l'esprit des justiciables, la confiance et le respect dus au ministère auguste dont ils sont investis », Sénatus-consulte concernant l'Ordre judiciaire du 12 octobre 1807 in Collection générale des lois, T. X, IIème partie Gouvernement impérial, Paris, p. 261 et s.

⁶¹⁸ L. DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 18.

⁶¹⁹ J. BOURDON, « Le sénatus-consulte de 1807 - l'épuration de la magistrature en 1807-1808 et ses conséquences », in Colloque Napoléon, Paris 1969, *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, juillet-septembre 1970, T. 17, p. 836.

Ce texte réussit le tour de force de retirer l'inamovibilité immédiatement et de la précariser pour le futur⁶²⁰. Dès lors, on peut considérer que l'inamovibilité était totalement illusoire sous le Consulat et l'Empire⁶²¹.

Par la suite, la période des Cents jours connut deux épurations successives de la magistrature, épurations que l'on peut qualifier de réaction. En effet, à son retour d'exil, Napoléon prendra très rapidement un décret épurateur. Par ce décret dit « de Lyon »⁶²², il est décidé de remettre en l'état la magistrature de l'Empire en annulant tous les changements arbitraires qui sont intervenus dans les cours et tribunaux⁶²³. La même solution est retenue pour les membres de la Cour de cassation qui retrouvent leurs fonctions⁶²⁴ épurant ainsi les magistrats qui les ont remplacés⁶²⁵. Enfin, ce décret est justifié en préambule par le fait « que par nos constitutions, les membres de l'ordre judiciaire sont inamovibles »⁶²⁶, justification contradictoire avec le traitement précédemment fait de l'inamovibilité bien qu'elle fût consacrée constitutionnellement. Il est à noter que lors de ce retour, l'acte additionnel à la Constitution de l'Empire du 22 avril 1815 prévoyait en son article 51 que les magistrats nommés en vertu de sénatus-consulte de 1807 recevront provisions à vie avant le 1^{er} janvier prochain.

À la chute de Napoléon, Louis XVIII prendra en réaction deux ordonnances contre cette épuration violente⁶²⁷. Ainsi, par une ordonnance du 7 juillet 1815⁶²⁸, « les fonctionnaires de l'ordre judiciaire qui étaient en activité de service le 1^{er} mars dernier reprendront à l'instant leurs fonctions »⁶²⁹. Puisque, les magistrats précédemment épurés par le décret de Lyon reprennent leurs fonctions, il faut épurer les magistrats qui les avaient remplacés. Par une ordonnance du 12 juillet 1815⁶³⁰, tous les membres de l'ordre judiciaire nommés depuis le 20

⁶²⁰ M. DEHESDIN, *Etude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, 1908, p. XXVII.

⁶²¹ A. ALASSEUR, *op. cit.*, p. 77.

⁶²² Décret impérial du 13-20 mars 1815 qui annule tous les changements opérés dans les Cours et Tribunaux, Bull. lois, 6^{ème} série, T.I, 1815, p. 18 et s.

⁶²³ « Tous les changements arbitraires opérés dans nos cours et tribunaux inférieurs sont nuls et non avenues », Art. 1, *ibid.*

⁶²⁴ « Les présidents de la Cour de cassation, notre procureur général et les membres qui ont été injustement, et par esprit de réaction, renvoyés de ladite cour, sont rétabli dans leurs fonctions », Art. 2, *ibid.*

⁶²⁵ « Les individus qui les ont remplacés, sont tenus de cesser sur-le-champ leurs fonctions », Art. 3, *ibid.*

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ Ce terme de violence est utilisé dans les ordonnances du 7 et 12 juillet 1815.

⁶²⁸ Ordonnance du Roi du 7 juillet 1818 relative aux fonctionnaires administratifs et judiciaires et aux Commandants et Officiers des Gardes nationales en activité de service au 1^{er} mars dernier, in. Bull. loi du royaume de France, 7^è série, T.I, 1815, p. 5 et s.

⁶²⁹ Art. 1^{er}, *ibid.*

⁶³⁰ Ordonnance du Roi du 12-13 juillet 1815 relative aux Fonctionnaires de l'Ordre judiciaire, aux notaires, avoués et autres officiers ministériels nommés depuis le 20 mars dernier, in. Bull. loi du royaume de France, 7^è série, T.I, 1815, p. 10 et s.

mars cessent leurs fonctions⁶³¹. Ces épurations à réaction se sont faites au détriment du principe d'inamovibilité qui part deux fois a été nécessairement mis de côté.

Une autre forme d'épuration explicite est intervenue en 1848 par le Seconde République. Fondée sur le décret du 17 avril 1848 considérant que l'inamovibilité est contraire avec le gouvernement républicain et disparue avec la Charte de 1830. La suspension ou la révocation des magistrats peut être prononcée par le ministre de la Justice, épuration considérée comme une mesure d'intérêt public par le décret lui-même⁶³².

Néanmoins, ce texte légitimant l'épuration fait suite à d'autres textes épurant les magistrats. Une circulaire du 11 mars 1848 du ministre de l'intérieur⁶³³ vise directement tant la magistrature amovible du parquet que l'inamovible du siège. Par cette circulaire, les Commissaires du Gouvernement exigent du parquet un concours dévoué et surveillent les magistrats inamovibles sous la menace d'une suspension en cas d'hostilité publique⁶³⁴. Ce pouvoir d'épuration détenu par ces agents du pouvoir politique est « illimité, car agent d'une autorité révolutionnaire, vous êtes révolutionnaire aussi »⁶³⁵.

Cette circulaire fût rapidement entérinée par un décret du 14 mars⁶³⁶ estimant que « les suspensions provisoirement prononcées contre des magistrats sont approuvées. Elles dureront jusqu'à ce que le ministre de la Justice en ordonne autrement »⁶³⁷. L'épuration de 1848 résulte d'une combinaison entre des mesures épuratoires provisoires et un décret niant totalement l'inamovibilité permettant cette épuration. Cette combinaison permet une faculté gigantesque d'épuration⁶³⁸.

Après le Second Empire, la magistrature connaîtra une épuration si évocatrice de la fonction réelle de l'épuration. Dès 1871, Adolphe Crémieux, en tant que ministre de la Justice, agira à l'encontre des commissions mixtes de 1852. Ces commissions étaient chargées, par

⁶³¹ Art. 1^{er}, *ibid.*

⁶³² Décret du 17 avril 1848 concernant la suspension ou la révocation des magistrats, *Duvergier*, T. 48, 1848, p. 145 – 146.

⁶³³ Circulaire aux Commissaires du Gouvernement du 11 avril 1848, Bull. officiel du ministère intérieur, n°3 et 4, 1848, p. 85 et s.

⁶³⁴ §3. Vos rapports avec la magistrature, *ibid.*, p. 87.

⁶³⁵ §1^{er}. Quels sont vos pouvoirs ?, *ibid.*, p. 86.

⁶³⁶ Décret du 24 mars 1848 concernant les suspensions provisoires prononcées contre des Magistrats par les Commissaires extraordinaires du Gouvernement, Bull. loi, Xème série, 1848, p. 165.

⁶³⁷ Art. 1^{er}, *ibid.*

⁶³⁸ L. DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 63.

circulaire⁶³⁹, « face à ce sentiment de crainte de l'anarchie »⁶⁴⁰, de statuer « sur le sort de tous les individus compromis dans tous les mouvements insurrectionnels ou les tentations de désordre qui ont eu lieu depuis le 2 décembre »⁶⁴¹. Ces commissions composées notamment de magistrats⁶⁴² ainsi que de préfets et de militaires, d'où la dénomination mixte accordée à ces commissions, avaient compétence pour sanctionner les inculpés à travers un large éventail passant du conseil de guerre, à la transportation à Cayenne, à l'expulsion de France ou la mise sous surveillance selon le degré de culpabilité, les antécédents politiques et privés ou la position de famille de ces derniers⁶⁴³. Un décret entérina les décisions prises par ces commissions mixtes⁶⁴⁴.

Face à l'action des commissions mixtes de 1852, Crémieux prendra en réaction des décrets⁶⁴⁵ flétrisseurs⁶⁴⁶ contre quinze hauts magistrats exclus de la magistrature en les destituant de leur siège. Néanmoins, ces derniers ne connurent qu'une brève existence puisque dès mars 1871⁶⁴⁷, ils sont considérés comme nuls et non avenus « car contraires à la règle de la séparation des pouvoirs et au principe d'inamovibilité »⁶⁴⁸.

Aux titres des épurations explicites, elles ressurgissaient bien plus tard, au milieu du XX^{ème} siècle avec le Régime de Vichy. En effet, dès 1940 se met en place une épuration globale touchant l'ensemble des fonctionnaires, magistrats compris. Cette épuration explicite se distingue des précédentes notamment au sens où elle vise des franges spécifiques d'individu. Ainsi, par trois lois des 17 juillet⁶⁴⁹, 13 août⁶⁵⁰ et 3 octobre 1940⁶⁵¹, les personnes

⁶³⁹ Circulaire du 3 février 1852 du ministre de la Justice, in. *Moniteur universel*, n° 35, 4 février 1852, p. 189.

⁶⁴⁰ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 112.

⁶⁴¹ Circulaire du 3 fév. 1852, *op. cit.*

⁶⁴² « Du procureur général ou procureur de la République au chef-lieu d'une division militaire, du procureur général au chef-lieu d'une Cour d'appel et du procureur de la République dans les autres départements », §1^{er}, *ibid.*

⁶⁴³ §III, *ibid.*

⁶⁴⁴ Décret du 5 mars 1852 relatif aux décisions rendues par les commissions départementales sur les individus qui ont pris part aux troubles du mois de décembre dernier, Bull. loi n°508, 1852, p. 801 et s.

⁶⁴⁵ Décrets des 28 janvier 3 février 1871 prononçant la déchéance de magistrats ayant pris part aux Commissions mixtes de 1852, Bull. lois de la délégation du gouvernement de la défense nationale hors de Paris, XIIe série, Versailles, 1871, p. 387 – 388.

⁶⁴⁶ Ils sont prénommés ainsi car Crémieux estimait que les sièges actuels des magistrats ayant participé aux commissions mixtes de 1852 sont flétris.

⁶⁴⁷ Loi du 25 mars 1871 qui déclare nuls les décrets des 28 janvier et 3 février 1871, prononçant la déchéance de 15 magistrats, Bull. lois, T. II, 1871, p. 83 – 84.

⁶⁴⁸ Article unique, *ibid.*

⁶⁴⁹ Loi du 17 juillet 1940 concernant l'accès aux emplois dans les administrations publiques, JORF du 18 juillet 1940, n°174, p. 4537.

⁶⁵⁰ Loi du 13 août 1940 portant interdiction des associations secrètes, JORF du 14 août 1940, n°201, p. 4691 – 4692.

⁶⁵¹ Loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs, JORF du 18 octobre 1940, p. 5323.

naturalisées⁶⁵², membres d'associations secrètes⁶⁵³ et de confessions juives⁶⁵⁴ ne peuvent désormais plus être magistrats à l'avenir. Ces interdictions d'exercice sont, logiquement et tristement, accompagnées d'une épuration contre les magistrats en fonction visés⁶⁵⁵. Les interdictions posées à l'encontre des membres des sociétés secrètes et des personnes juives ont été réaffirmées⁶⁵⁶. Parallèlement, à ces épurations ciblées, une autre loi datée du 17 juillet 1940⁶⁵⁷ permet au pouvoir politique de relever n'importe quel magistrat de ses fonctions par simple décret sur rapport du ministre compétent⁶⁵⁸.

Face à la particularité que constitue le Régime de Vichy, il semble important de rappeler la doctrine, d'abord jugée controversée à sa sortie en 1972 puis largement admise depuis, de Paxton. Dans son ouvrage sur le Régime de Vichy⁶⁵⁹, il démontre clairement que l'ensemble des dispositions prises par le régime de Vichy est de sa volonté propre et non pas d'une politique forcée par l'occupant nazi. Ainsi, les épurations naissent de la volonté de l'État français et non pas d'un diktat par l'occupant. Ainsi, cette précision apportée, nous pouvons affirmer que ces épurations ont pour origine le pouvoir politique français. Cette vision contredit la doctrine du pouvoir politique au moment de la Libération, qui a également procédé à des épurations.

Deux ordonnances, une de 1943⁶⁶⁰ et de 1944⁶⁶¹ reprises et intégrées dans un corpus de textes plus large via l'ordonnance du 9 août sur le rétablissement de la légalité républicaine⁶⁶², ouvrent la porte à une épuration de la magistrature. Par ces derniers, le pouvoir politique s'octroie la capacité de « déplacer, rétrograder ou suspendre de leurs fonctions les magistrats du siège » et

⁶⁵² « Nul ne peut être employé dans les administrations de l'Etat [...] s'il ne possède pas la nationalité française, à titre originaire, comme étant né de père français », Art. 1^{er}, loi du 17 juillet 1940, *op. cit.*

⁶⁵³ Art. 5, loi du 13 août 1940, *op. cit.*

⁶⁵⁴ « L'accès et l'exercice des fonctions publiques et mandants énumérés ci-après sont interdits aux juifs : Membre de la cour de cassation, cours d'appel, tribunaux de première instance, justices de paix », Art 2.1, loi du 3 octobre 1940, *op. cit.*

⁶⁵⁵ « Les magistrats en activité ne remplissant pas cette condition [français de père] sont immédiatement réputés démissionnaires », Art. 2, Art. 1^{er}, loi du 17 juillet 1940, *op. cit.* ; Art. 5, loi du 13 août 1940, *op. cit.* ; « Les fonctionnaires juifs visés aux articles 2 et 3 cesseront d'exercer leurs fonctions dans les deux mois qui suivront la promulgation de la présente loi », Art. 7, loi du 3 octobre 1940, *op. cit.*

⁶⁵⁶ Loi du 11 août 1941 sur les sociétés secrètes, JOEF du 12 août 1941, p. 3365 ; Loi du 2 juin 1941 remplaçant la loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs, JOEF du 14 juin 1941, p. 2475.

⁶⁵⁷ Loi du 17 juillet 1940 concernant les magistrats et les fonctionnaires et agents civils ou militaires de l'Etat relevés de leurs fonctions, JORF du 18 juillet 1940, p. 4538.

⁶⁵⁸ Art.1^{er}, *ibid.*

⁶⁵⁹ R.O. PAXTON, *La France de Vichy 1940-1944*, Paris, Editions du Seuil, 1997, 475 p.

⁶⁶⁰ Ordonnance du 10 septembre 1943 portant réglementation provisoire de la discipline judiciaire, JORF du 11 septembre 1943, n°18.

⁶⁶¹ Ordonnance du 27 juin 1944 relative à l'épuration administrative sur le territoire de la France métropolitaine, JORF du 6 juillet 1944, n°55.

⁶⁶² JORF du 15 août 1944.

de « suspendre les magistrats du ministère public »⁶⁶³, magistrats considérés à l'occasion des épurations comme des simples fonctionnaires⁶⁶⁴. Afin de procéder à ces épurations, il est mis en place une commission centrale d'épuration de la magistrature composée de magistrats et de résistants⁶⁶⁵ chargée de « rechercher les fautes commises par les magistrats au cours de l'occupation exception faite des fautes professionnelles »⁶⁶⁶.

Ces épurations se sont faites nécessairement en violation du principe d'inamovibilité comme le reconnaît une ordonnance de 1945, qui dans son exposé des motifs considère que l'inamovibilité de la magistrature assise est un principe fondamental du droit public consacré par la tradition républicaine mais que « seules des circonstances exceptionnelles avaient temporairement contraint le pouvoir exécutif à procéder à des épurations »⁶⁶⁷.

Après avoir égrené ces différentes épurations explicites de la magistrature, apprécié les différentes approches de ces dernières, il est nécessaire de s'intéresser à ses effets concrets ; au nombre de magistrats épurés. Tout d'abord, il semble vital de s'interroger sur le nombre total de magistrat « épurable », à savoir ceux du siège, du parquet et de la justice de paix composant la magistrature à ces différentes époques où sont intervenues des épurations.

À travers la précieuse étude statistique faite par Jean-Claude Farcy⁶⁶⁸ sur la magistrature, il a été dressé l'évolution quantitative des effectifs globaux de la magistrature depuis 1827⁶⁶⁹. Sur la période couvrant les épurations explicites au XIX^{ème} siècle (entre 1807 et 1871), les effectifs de la magistrature oscille, à la marge, entre 7340⁶⁷⁰ et 7812⁶⁷¹ avec un pourcentage de 40% de juges de paix. Grâce à cet effectif moyen global de la magistrature, nous pourrions ainsi apprécier l'intensité de ces différentes épurations qui a fluctué.

⁶⁶³ Art. 1^{er}, ordonnance du 10 septembre 1943 portant réglementation provisoire de la discipline judiciaire, JORF du 11 septembre 1943, n°18.

⁶⁶⁴ Art. 2, ordonnance du 27 juin 1944 relative à l'épuration administrative sur le territoire de la France métropolitaine, JORF du 6 juillet 1944, n°55.

⁶⁶⁵ « Elle est composée d'un président et d'un vice-président choisi parmi les membres et anciens membres de la cour de cassation ; de deux magistrats honoraires des cours et tribunaux et de six personnes choisies parmi les membres des groupements de la résistance », Art. 3, arrêté du 7 septembre 1944, JORF du 19 septembre 1944, p. 822.

⁶⁶⁶ Art. 2, *ibid.*

⁶⁶⁷ Ordonnance du 13 avril 1945 relative à la discipline judiciaire et à l'avancement des magistrats, JORF du 14 avril 1945, p. 2074 – 2075.

⁶⁶⁸ L'auteur précise que les statistiques ne démarrent qu'en 1827, grâce à une circulaire du garde des sceaux de 1826 de faire un état des services de l'ensemble des magistrats, J- C FARCY, *Les carrières des magistrats (XIX^{ème}-XX^{ème} siècles) : annuaire rétrospectif de la magistrature*, Centre Georges Chevrier, UMR 5605 Université de Bourgogne, GIP Mission de recherche Droit et Justice, Juin 2009, p. 13.

⁶⁶⁹ Tableau récapitulatif de l'évolution des effectifs de la magistrature par juridictions de 1827 à 1987 (ensemble, colonies comprises), *ibid.*, p. 113 – 116.

⁶⁷⁰ En 1860, *ibid.*, p. 114.

⁶⁷¹ En 1829, *ibid.*, p. 113.

Ainsi, l'épuration de 1807 toucha en tout 162 magistrats « constitutionnellement inamovibles »⁶⁷² par le décret du 24 mars 1808⁶⁷³. Puisque les effectifs de 1807 ne sont pas connus avec certitude et vu sa stabilité au cours de tout le XIX^{ème} siècle, cette épuration n'a touché, en excluant la justice de paix amovible, que 3% de la magistrature. Les épurations des Cent Jours de 1815 sont particulières, du point de vue de l'intensité, dans le sens où elles se succèdent dans un laps de temps très court et qu'elles visent sans ambages l'ensemble des magistrats sans distinction, mesure se voulant totale, ne permettant pas son individualisation. Dès lors, d'un point de vue théorique, l'ensemble de la magistrature fut épurée.

A contrario, celle de 1848 fut d'emblée plus individualisée bien que l'inamovibilité soit considérée incompatible avec un régime Républicain. Elle toucha d'abord des hauts magistrats⁶⁷⁴ avant de s'élargir au reste de la magistrature, au parquet et à la justice de paix également⁶⁷⁵. Enfin celle de 1871 par les décrets flétrisseurs n'avait touché que 15 magistrats inamovibles soit 0.2% de la magistrature⁶⁷⁶. Ainsi, sur le XIX^{ème} siècle, ces épurations explicites ont connu des intensités extrêmement variables allant de quelques-uns seulement à un grand nombre.

Concernant, les épurations explicites du milieu du XX^{ème} siècle, dans le contexte de la Seconde Guerre Mondiale, le nombre de magistrats avait connu une baisse importante par rapport à la stabilité évoquée au XIX^{ème} siècle. Il n'y avait plus que 5506 magistrats en 1939, 5578 en 1940, 5217 en 1944, et 4997 en 1945⁶⁷⁷. L'épuration opérée par Vichy concerna 209 magistrats sur un total de 3420, soit 6%⁶⁷⁸ par période, dont notamment 61 sur les fondements des lois

⁶⁷² J-P. ROYER, « Les épurations judiciaires de 1789 à 1815 », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 28

⁶⁷³ *Moniteur*, 25 mars 1808, n°85, p. 335.

⁶⁷⁴ « Sont révoqués les premiers présidents des Cour d'Aix, Pau, Montpellier et Nancy [...] sont également évincés dix magistrats du siège, dont trois conseillers à la Cour de cassation, un président et un conseiller de cour d'appel, de deux vice-présidents de première instance », J-L DEBRE, *La Justice au XIX^{ème} siècle, Les magistrats*, Librairie Perrin, Paris, 1981, p. 59.

⁶⁷⁵ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 104.

⁶⁷⁶ En 1871, il y avait 7443 magistrats, Tableau récapitulatif de l'évolution des effectifs de la magistrature par juridictions de 1827 à 1987 (ensemble, colonies comprises), *ibid.*, p. 114.

⁶⁷⁷ Tableau récapitulatif de l'évolution des effectifs de la magistrature par juridictions de 1827 à 1987 (ensemble, colonies comprises), *op. cit.*, p. 115.

⁶⁷⁸ C. BACHELIER, D. PESCHANSKI, « L'épuration de la magistrature sous Vichy », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 107.

portant statut des juifs⁶⁷⁹. L'épuration à la libération concerna, sur quelques 3000 magistrats 165 épurations par une sortie du corps, soit 5.5%⁶⁸⁰ touchant notamment 51 hauts magistrats⁶⁸¹.

À travers l'effet concret de ces épurations, on peut estimer qu'il existe une dissonance assez forte entre la force et les grands principes énoncés afin de procéder aux épurations et à la relative faiblesse de la réalité épuratrice. Cependant, malgré le nombre de magistrats épurés, ces différentes épurations procèdent toutes du même résultat. Que l'on épure explicitement un ou trois cents magistrats inamovibles, peu importe, cela suppose la violation par la mise en échec du principe d'inamovibilité des magistrats.

En plus de ces épurations qui explicitement rejettent l'inamovibilité et épurent les magistrats, il existe concomitamment des épurations implicites, qui sans l'exprimer réellement, nécessitent une suspension de l'inamovibilité.

II : Des épurations implicites

Ces épurations considérées comme implicites sont qualifiées ainsi car, sans le dire expressément, elles supposent une violation de l'inamovibilité et une épuration, qui l'une, l'autre ou les deux ne sont pas clairement affirmées. Plus discrètes, moins clinquantes qu'une épuration explicite ; elles ne sont pour autant pas moins puissantes. Ces techniques implicites, sous-entendant la suspension de l'inamovibilité et l'épuration du magistrat, procèdent de différentes manières, par différentes approches mais tendant toutes au même but.

L'une des premières approches utilisées pour l'épuration implicite procédait par la volonté du pouvoir politique de réorganiser les tribunaux. On la retrouve principalement utilisée par deux fois, en 1810 et 1883.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 108.

⁶⁸⁰ A. BANCAUD, H. ROUSSO, « L'épuration des magistrats à la Libération », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, Association française pour l'histoire de la justice, Paris, 4-5 décembre 1992; Histoire de la Justice, année 1993, n° 6, p. 138 et s.

⁶⁸¹ « Parmi eux, on compte les degrés élevés de la hiérarchie puisque sur les 50 premiers présidents et procureurs généraux, seuls 9 n'ont pas été inquiétés », *ibid.*, p. 140.

La loi d'avril 1810⁶⁸², décisive dans la construction de la magistrature, procédait à son tour à une épuration. Sous le prétexte⁶⁸³ d'une réorganisation des Cours impériales⁶⁸⁴, une nouvelle épuration fut permise. En effet, par le biais de la suppression des Cours de justice criminelle et l'instauration à venir des Cours impériales décidée par la loi, permis de déboucher, pendant cette phase transitionnelle, à un renouvellement intégral des magistrats qui nécessite de nouvelles nominations et institutions vers ses Cours impériales⁶⁸⁵. Une réorganisation purement technique des juridictions permit une épuration de la magistrature, remettant en cause de facto l'inamovibilité de ces derniers.

Cette logique d'épuration implicite par le biais d'une réorganisation est reprise par la loi de 1883⁶⁸⁶ la poussant à son paroxysme, en explicitant une forme d'implicite. Sans le dire expressément, la loi de 1883 est clairement une loi épuratrice. À l'instar de celle de 1810, la loi de 1883 invoque la nécessité de réorganisation des juridictions et, par ricochet, de ses membres. Ainsi, les articles 1 à 10 de cette loi redéfinissent les contours des juridictions de première instance et d'appel, de leurs compositions. Un tableau en annexe précise pour chaque juridiction le nombre des magistrats les composant avec une extrême précision. Elle fixe le nombre de magistrat à 2782⁶⁸⁷. Afin de parvenir à ce nombre et de se mettre en conformité avec ce que la loi a décidé, il est donc mécaniquement nécessaire de supprimer « 383 sièges de magistrats inamovibles et de 231 emplois de magistrats debout »⁶⁸⁸. Cette suppression de postes est prévue en son article 11, riche d'enseignements. Cet article tire en premier lieu les conséquences des dix premiers. Il est précisé que « dans un délai de trois mois à partir de la promulgation de la présente loi, il sera procédé, par les règles ci-dessus établies, à la réduction du personnel des cours d'appel et des tribunaux »⁶⁸⁹ tout en « ne pouvant dépasser le chiffre

⁶⁸² Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, in *Duvergier*, T. XVII, p. 66 et s.

⁶⁸³ G. PICOT, « La réforme judiciaire », *Revue des deux mondes*, T. 42, 1880, p. 598.

⁶⁸⁴ « Les cours de justice criminelle sont supprimés : elles continueront néanmoins leur service jusqu'au moment de l'installation des cours impériales » Art. 3, *op. cit.*

⁶⁸⁵ J-P. ROYER, « Les épurations judiciaires de 1789 à 1815 », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 29.

⁶⁸⁶ Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, *Duvergier*, T. 83, 1883, p. 195 et s.

⁶⁸⁷ Comprenant notamment 541 magistrats du siège, 147 parquetiers en Cours d'appel et 1452 magistrats du siège et 642 membres du parquet dans les tribunaux de première instance ; « Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire », *France judiciaire*, T. 8, 1883-1884, première partie (Études historiques et juridiques), p. 19.

⁶⁸⁸ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 131.

⁶⁸⁹ Art. 11 al 1, « Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire », *France judiciaire*, T. 8, 1883-1884, première partie (Études historiques et juridiques), p. 3.

des sièges supprimés »⁶⁹⁰. Se dotant donc de limite à ces suppressions, ce même article s'en affranchit fortement. Par une simple phrase au contenu puissant, puisque « les éliminations porteront sur l'ensemble du personnel indistinctement »⁶⁹¹.

L'épuration appelée élimination, terme ô combien violent, se dote d'un mécanisme intéressant. Par cette phrase, l'épuration doit s'en tenir au nombre total de sièges supprimés sans nécessairement respecter la subdivision siège / parquet découlant de la loi. Ainsi, l'épuration ne se fait plus sur 383 magistrats du siège inamovible et 231 membres du parquet amovible mais sur 614 magistrats sans distinction, potentiellement tous inamovibles. Ce mécanisme détourné sera utilisé par le gouvernement « sans mesure »⁶⁹². Enfin, l'article 11 achève le travail mené par Crémieux et ses décrets flétrisseurs épurant les magistrats des commissions mixtes⁶⁹³. Afin de prouver que ces suppressions s'apparentent à des purges de la magistrature, la loi de 1883 en son article 15 réinstaura implicitement l'inamovibilité des magistrats du siège et l'impossibilité de déplacement par le pouvoir politique de ces derniers⁶⁹⁴. Si implicitement le principe d'inamovibilité est réintroduit, c'est que par ailleurs il avait été écarté afin d'épurer.

La loi de 1883 reprit celle de 1810 en la poussant à son paroxysme, à une épuration d'une manière totalement implicite, la rendrait presque explicite ne serait-ce que par ce terme « élimination » terriblement évocateur. Néanmoins, la méthode reste implicite se calquant sur celle employée en 1810.

Une autre méthode d'épuration implicite utilisée fut celle de la mise en retraite du magistrat. Cette méthode fut notamment utilisée en 1852 grâce à l'instauration d'une limite d'âge du magistrat. Le décret du 1^{er} mars 1852⁶⁹⁵ fixait cette limite à 75 ans pour les magistrats de la Cour de cassation et de 70 ans pour ceux d'appel et de première instance⁶⁹⁶. Cette mise à la retraite ne sera effective qu'au remplacement des magistrats atteints par la limite d'âge⁶⁹⁷. Originellement pensée comme un palliatif de la loi de 1824 sur la mise en retraite pour

⁶⁹⁰ Art. 11 al. 3, *ibid.*

⁶⁹¹ Art. 11 al. 2, *ibid.*

⁶⁹² J-P. MACHELON, « L'épuration républicaine », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 97.

⁶⁹³ Art. 11 al. 4, *op. cit.*

⁶⁹⁴ « Après l'expiration de la période de réorganisation prévue à l'article 11, aucun premier président [...] juge ou juge suppléant ne pourra être déplacé que sur l'avis du conseil supérieur », Art. 15, *op. cit.*

⁶⁹⁵ Rapport et décret du 1^{er} mars 1852 sur la mise à la retraite et la discipline des magistrats ; *Duvergier*, T. 52, p. 143 et s.

⁶⁹⁶ Art. 1^{er}, *ibid.*

⁶⁹⁷ Art. 3, *ibid.*

infirmités jugées comme incomplète et désuète⁶⁹⁸, elle soulève néanmoins des interrogations à l'aune de l'inamovibilité, interrogations soulevées par le rapport adossé au décret. Dans ce dernier, la question de l'inamovibilité est largement abordée. L'inamovibilité « n'étant pas un dogme absolu »⁶⁹⁹, le rapport estime qu'elle doit s'effacer « le jour où l'intérêt des justiciables est sacrifié aux convenances du juge »⁷⁰⁰. La mise en retraite échappant à la magistrature, elle devient par ce décret « un remède excessif et arbitraire s'entendant comme une présomption aveugle d'une dégradation légale contre l'inamovibilité »⁷⁰¹. Au-delà du caractère arbitraire de l'âge, cette nouvelle limite imposée n'est pas absolue. Le magistrat n'est mis en retraite, donc épuré, que s'il est remplacé. Cette règle crée un climat autour de ces magistrats, néfaste à son indépendance, car constamment menacés par la peur d'être remplacés du jour au lendemain⁷⁰² annulant les garanties de l'inamovibilité⁷⁰³.

On retrouve une telle pratique d'épuration implicite par mise en retraite à travers une ordonnance de 1944⁷⁰⁴. En plus des épurations explicites utilisées par le Régime de Vichy vue précédemment, la mise en retraite forcée des magistrats était également prévue. Par cette ordonnance, la mise en retraite d'office des magistrats pourra être « prononcée d'office sans condition d'âge dès lors que les intéressés compteront quinze ans de services effectifs »⁷⁰⁵. Cette mise à la retraite forcée souffre exactement des mêmes critiques à son encontre, à savoir la remise en cause évidente de l'inamovibilité. Tout magistrat ayant quinze ans de service peut être visé par un telle mesure, s'affranchissant par ailleurs de l'âge limite fixé justifiant la mise en retraite d'office par le décret de 1852.

Dans le cadre de ces épurations implicites, l'apothéose est atteinte quand l'épuration est rendue possible à travers la consécration constitutionnelle même de l'inamovibilité. On retrouve cette géniale ambiguïté à l'occasion des Chartes de 1814 et 1830. Ces dernières consacrent toutes deux l'inamovibilité par une formulation extrêmement claire, que « les juges nommés par le roi

⁶⁹⁸ A-V. PAILLARD DE VILLENEUVE, « La magistrature. La retraite forcée [suites du décret 1852] », *Gazette des tribunaux*, 19 juin 1862.

⁶⁹⁹ Rapport et décret du 1^{er} mars 1852 sur la mise à la retraite et la discipline des magistrats ; *Duvergier*, T. 52, p. 145.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 143

⁷⁰¹ P. SAUZET, *Considérations sur les retraites forcées de la magistrature*, Lyon, F. Dumoulin, 1854, 39 p; 2^e éd., Paris, C. Douniol, 1870, p. 11 - 17.

⁷⁰² A-V. PAILLARD DE VILLENEUVE, « La magistrature. La retraite forcée [suites du décret 1852] », *Gazette des tribunaux*, 19 juin 1862.

⁷⁰³ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 20.

⁷⁰⁴ Ordonnance du 7 janvier 1944 relative à la mise à la retraite d'office des fonctionnaires, JORF du 15 janvier 1944, p. 54.

⁷⁰⁵ Art. 1^{er}, *op. cit.*

sont inamovibles »⁷⁰⁶. À première vue, ces textes consacrent l'inamovibilité sans restriction, estimant que les juges régulièrement nommés par le pouvoir politique sont inamovibles. Cependant, la précision apportée sur le fait que c'est le Roi qui accorde l'inamovibilité n'est pas anodine. Ce ne sont pas tous les juges qui sont inamovibles à compter des Chartes, seulement ceux nommés par le Roi. Les magistrats n'ayant pas reçu nomination par le Roi⁷⁰⁷ sont donc amovibles et révocables, le tout sans violer la Constitution⁷⁰⁸. Cette ambiguïté posée par la règle constitutionnelle profite au pouvoir politique pour se libérer de l'inamovibilité précédemment accordée⁷⁰⁹. Tous les magistrats sont donc considérés comme amovibles permettant au pouvoir politique de disposer d'une totale liberté d'action à leur rencontre⁷¹⁰.

Après avoir passé en revue différentes méthodes d'épurations implicites à l'initiative du pouvoir politique, épurations résultant de son action, un autre pan de l'épuration implicite implique le magistrat de manière directe dans ce processus. Sur les épurations vues précédemment, le magistrat ne fait que subir l'acte épuratoire. Dans d'autres cas, le magistrat en devient un acteur par l'intervention du mécanisme de la démission.

Si la démission sous-entend un rôle actif de la part de celui qui la soumet, elle a néanmoins connu une utilisation paradoxale, celle de la démission forcée. Elle intervient notamment autour à l'aune de l'obligation du magistrat de prêter serment. Parfois, le refus de serment est considéré comme une démission du magistrat, tendant à devenir une mesure épuratoire. La loi du 31 août 1830⁷¹¹ poursuit ce modèle en consacrant le serment à prêter et la sanction en cas de refus. Exigeant des magistrats de jurer « fidélité au Roi des Français, obéissance à la Charte constitutionnelle et aux lois du royaume »⁷¹², celui qui ne s'y est pas soumis est réputé

⁷⁰⁶ Art. 58, Charte de 1814 ; Art. 49, Charte de 1830.

⁷⁰⁷ « Toute justice émane du Roi ; mais nous en délégons l'exercice à des juges dont la nomination nous est exclusivement réservée », Ordonnance du 15 février 1815 contenant Institution des Membres composant la Cour de cassation, *Bull. des lois du Royaume de France*, 5^e série, T. III, avril 1815, p. 85.

⁷⁰⁸ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 81.

⁷⁰⁹ « Ce texte est ambigu. L'interprétant dans un sens permettait de procéder à une épuration, le gouvernement de la Restauration disait le 21 février 1815 par l'organe du chancelier « il n'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 », L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 59.

⁷¹⁰ L. DE VILLEPREUX, « La Restauration et l'inamovibilité judiciaire », Paris, J. Gervais, 1880, 55 p, in. *Le Correspondant*, T. 121, 25 novembre 1880, p. 596.

⁷¹¹ Loi du 31 août 1830 relative au serment des fonctionnaires publics ; *Duvergier*, T. 30, 1830 p. 187 et s.

⁷¹² Art. 1^{er}, *ibid.*

démisionnaire⁷¹³. Cette même logique fut reprise par un décret de 1852⁷¹⁴. Il réaffirme le serment prévu par la Constitution⁷¹⁵ et prévoit que son refus ou défaut entraîne une démission⁷¹⁶. Cette démission forcée est justifiée par le fait que le serment est « le préliminaire essentiel de l'exercice de toute fonction publique et la condition indispensable de l'institution du magistrat »⁷¹⁷. À travers ces deux textes, on comprend aisément que la démission n'est pas de l'initiative du magistrat mais que le pouvoir politique tire les conclusions d'un refus ou défaut de serment.

Ainsi, l'acte volontaire du magistrat se pose sur le refus de serment et non pas la démission. Par ce biais, la violation de l'inamovibilité est contournée puisqu'en considérant que c'est une démission, c'est le magistrat lui-même qui abandonne sa protection. Si le magistrat souhaite la conserver, il doit prêter serment.

Dans le cadre des démissions de magistrats, le choix politique pris par le pouvoir peut les entraîner. L'exemple frappant sur ce point concerne la politique antireligieuse souhaitée par le pouvoir politique⁷¹⁸ s'exprimant sur l'interdiction des congrégations⁷¹⁹. Afin de mettre en œuvre cette politique, la magistrature « qui ne saurait être absente, ni demeurer inactive en cette circonstance », est largement mise à contribution puisque le ministère public est chargé de veiller à l'exécution des arrêtés de dissolution et que les juges se tiennent prêts à siéger dès 6h du matin⁷²⁰. Cette politique particulière mettant en première ligne la magistrature entraînera des démissions « au nom de Dieu et contre la République »⁷²¹ de certains de ces derniers.

À l'instar des épurations explicites, les épurations implicites ont également eu un impact concret sur la magistrature par le volume de magistrat épuré. Concernant les épurations ayant pour objet la réorganisation des juridictions, celle de 1810 entraîna un vaste renouvellement du corps

⁷¹³ « Tous les fonctionnaires actuels dans l'ordre administratif et judiciaire prêteront le serment ci-dessus dans le délai de quinze jours à compter de la promulgation de la présente loi ; faute de quoi ; ils seront considérés comme démissionnaires », Art. 2. *ibid.*

⁷¹⁴ Décret du 8 mars 1852 relatif au serment des ministres, des membres des grands Corps de l'Etat, des Officiers de terre et de mer, des Magistrats et des Fonctionnaires, Bull. lois, Xème série, T.IX, 1852, p. 533 et s.

⁷¹⁵ « Je jure obéissance à la Constitution et fidélité au président », Art. 14, Constitution du Second Empire du 14 janvier 1852.

⁷¹⁶ Art. 1^{er}, *op. cit.*

⁷¹⁷ *Op. cit.*

⁷¹⁸ J-L. DEBRE, *La Justice au XIXème siècle, Les magistrats*, Paris, Librairie Perrin, 1981, p. 61.

⁷¹⁹ Décret du 29 mars 1880 qui fixe à l'agrégation ou association non autorisée dite de *Jésus*, un délai pour se dissoudre et évacuer les établissements qu'elle occupe sur la surface du territoire de la République ; *Duvergier*, T. 80, 1880, p. 214 et s.

⁷²⁰ Circulaire confidentielle du garde des sceaux du 24 juin 1880 ; J-L DEBRE, *La Justice au XIXème siècle, Les magistrats*, Librairie Perrin, Paris, 1981, p. 209 – 211.

⁷²¹ R. BOUCHERY, J-P MACHELON, « L'épuration Républicaine 1870-1871 / 1872-1882 », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 84.

puisque rien que la seule Cour d'appel de Paris a vu la moitié de ses membres exclus⁷²², quinze magistrats épurés sur trente-deux⁷²³.

Celle de 1883 fût nettement plus vaste puisqu'elle permettra l'épuration de plus de 600 magistrats tous inamovibles sur 2447⁷²⁴ soit 25% des effectifs. Cette vaste épuration est à mettre en corrélation avec celle de 1880 et le décret contre les congrégations puisque qu'il s'inscrit dans une même lignée. Cette dernière va entraîner la démission de 566 magistrats inamovibles et amovibles tant de la Cour de cassation, que des Cours d'appel ou de première instance⁷²⁵.

Enfin entre ce décret de 1880 et la loi de 1883, des démissions ont eu lieu pour le siège inamovible et des révocations, le ministère public et la justice de paix tout deux amovibles à hauteur de « 237 conseillers de cour d'appel sur 739, 198 membres d'un parquet général sur 263 [...], 745 magistrats inamovibles sur 1742, 1565 parquetiers sur 1886. Ils touchent, enfin 2536 juges de paix sur 2941 »⁷²⁶. La période 1880 - 1883 fut la période l'une des périodes plus épuratoire touchant de manière extrêmement vaste tant les magistrats amovibles par les révocations que les magistrats inamovibles par les démissions et suspension de l'inamovibilité. Les épurations via la mise en retraite forcée des magistrats ont eu un impact nettement moins important avec 132 magistrats inamovibles mis en retraite par le décret de 1852⁷²⁷ et seulement une quinzaine en 1944⁷²⁸.

La définition épuratrice de l'inamovibilité de 1814 permit effectivement de procéder à l'épuration de 1400 juges dont 15 premiers présidents et 40 présidents de chambre⁷²⁹. Quand bien même la Charte de 1830 prévoyait cette même possibilité, l'épuration procédait néanmoins

⁷²² J-P. ROYER, « Les épurations judiciaires de 1789 à 1815 », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; Histoire de la Justice, année 1993, n° 6, p. 29.

⁷²³ A. LASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 76.

⁷²⁴ 611 magistrats épurés, J-P. MACHELON, « L'épuration républicaine », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; Histoire de la Justice, année 1993, n° 6, p. 97.

⁷²⁵ J-L DEBRE, *La Justice au XIXème siècle, Les magistrats*, Librairie Perrin, Paris, 1981, p. 211.

⁷²⁶ *Op. cit.*, p. 62 – 63.

⁷²⁷ J-L. DEBRE, *La Justice au XIXème siècle, Les magistrats*, Librairie Perrin, Paris, 1981, p. 60.

⁷²⁸ A. BANCAUD, H.ROUSSO, « L'épuration des magistrats à la Libération », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; Histoire de la Justice, année 1993, n° 6, p. 139.

⁷²⁹ R. MARTINAGE, « L'épuration sous les régimes monarchiques », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; Histoire de la Justice, année 1993, n° 6, p. 37.

plus par le biais du serment⁷³⁰. En effet, le refus de serment imposé par la loi de 1830 engendra la démission d'une centaine de magistrats du siège⁷³¹.

Parallèlement à ces mécanismes implicites, le pouvoir politique procéda à des révocations de parquetiers ou de juges de paix pouvant s'analyser en épuration. Cependant, n'étant pas protégés par l'inamovibilité, ces techniques présentent moins d'intérêts sous le prisme de la violation explicite ou implicite de l'inamovibilité sans pour autant perdre d'impact concret sur la magistrature⁷³².

À travers l'étude des différentes épurations explicites et implicites, on remarque qu'elles procèdent toutes de différentes logiques, à diverses époques. Elles peuvent parfois se chevaucher sur une même période, faire doublon entre des épurations explicites et implicites ; avoir différentes intensités. Ces épurations sont profondément polymorphes. Néanmoins, cette pléthore de méthode d'épuration recèle en son sein une intention sous-jacente qui est uniforme. Il semble fondamental, après s'être intéressé à comment les magistrats notamment inamovibles ont été épurés, de s'interroger sur le pourquoi ils l'ont été.

Paragraphe 2 : La logique politique sous-jacente des épurations

L'utilisation de ces différents moyens d'épuration de la magistrature n'est pas sans relever d'une certaine logique. L'épuration a pour cause la volonté pour le pouvoir politique d'avoir une magistrature à son image malgré les différentes intentions soulevées par ces épurations (I) Cette volonté d'alignement de la magistrature au pouvoir politique a pour conséquence une soumission, une dépendance totale et absolue de la magistrature au pouvoir politique. La pratique récurrente d'un procédé épuratoire est la preuve parfaite que la magistrature est bien considérée comme un banal prolongement du pouvoir politique, à sa merci (II).

⁷³⁰ E. BASQUIN, *L'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille; Le Cateau, Impr. de J. Roland, 1899, p. 32.

⁷³¹ R. MARTINAGE, « L'épuration sous les régimes monarchiques », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 40.

⁷³² En plus de l'épuration du parquet du début des années 1880 vue précédemment, nous pouvons évoquer par exemple l'épuration du parquet tout au long des années 1870 par révocation ; V. à ce sujet, R. BOUCHERY, J-P. MACHELON, « L'épuration Républicaine 1870-1871 / 1872-1882 », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 69 et s.

I : Le souhait d'une magistrature conforme au pouvoir politique

Après avoir analysé les épurations tant explicites qu'implicites en tant que mécanisme permettant la mise en échec de l'inamovibilité, il semble important de relever les points de convergences entre ces différentes épurations, peu importe l'époque, le régime ou qu'elles soient explicites ou implicites.

À titre préliminaire (du fait de son évidence), la première forte convergence partagée par toutes les épurations concerne l'inamovibilité en elle-même. Les épurations l'ont toutes suspendue ou supprimée. Il ressort donc que l'inamovibilité, principe pilier de la construction et de la stabilité de la magistrature et balance naturelle de la nomination, est mise en échec. Il n'est rien de plus qu'une gêne qu'il convient d'écarter pour poursuivre son dessein. Mécaniquement et vu nos développements précédents, le pouvoir politique est désormais débarrassé de la contrainte qui pesait sur le choix considéré comme irrévocable pour lui du magistrat.

Dans l'optique d'écarter l'inamovibilité, plusieurs raisons furent apportées par le pouvoir politique pour justifier l'utilisation d'une telle mesure. Cependant cela ne révèle en réalité qu'une justification, commune à toutes.

Pêle-mêle, les épurations ont été justifiées par exemple comme permettant de protéger la magistrature des incapables en raison de la compétence ou l'âge, de se venger de magistrats, de supprimer un principe anti républicain, de sanctionner des fautes de magistrat ou le refus de fidélité au chef de l'Etat.

Toutes ces justifications sont consubstantielles à l'épuration qu'elles viennent justifier. Prises individuellement, ces justifications répondent à la nécessité soulevée de suspension/suppression de l'inamovibilité. Néanmoins, prises toutes ensemble, elles ont en réalité toutes un même dénominateur commun.

En effet, toutes les épurations, peu importe que sa justification soit crédible ou scandaleuse, est en lien direct avec l'effet de l'inamovibilité. L'inamovibilité ne permet pas de défaire une nomination. L'inamovibilité suspendue, le pouvoir politique peut désormais le faire à sa guise. L'épuration n'est rien d'autre qu'une remise en cause des choix du pouvoir politique précédent. Epurer, c'est octroyer la capacité d'enlever de la magistrature ceux que l'on ne souhaite pas, ceux que l'on n'aurait pas nommé ou ceux qui ont été réellement marqués par le pouvoir politique. On décèle plus ou moins aisément des différentes épurations ce mobile politique parfois occulte de prime abord mais pourtant si prégnant.

Les Chartes de 1815 et 1830 précisait que l'inamovibilité était conférée à la condition que le Roi l'octroie⁷³³. Toute autre autorité que le Roi, en tant que pouvoir politique, ne peut conférer une telle protection, permettant alors l'épuration de ces magistrats. Implicitement, les magistrats nommés antérieurement aux Chartes, et donc par un autre pouvoir politique, ne peuvent qu'être amovibles.

Le décret de 1848⁷³⁴ déclarant l'inamovibilité comme un principe antirépublicain soulève la critique sur sa logique ; l'inamovibilité est contraire à la République car elle fut utilisée pour protéger mais aussi épurer des magistrats. Du fait que l'inamovibilité soit un principe d'extraction royale, il est contraire à la République⁷³⁵.

Les Cents Jours est l'exemple parfait de l'épuration vengeance à cause du politique. En effet, tant Napoléon⁷³⁶ que Louis XVIII⁷³⁷ vont épurer la magistrature en réaction au régime politique précédent et des nominations faites par ce dernier. Ainsi, Louis XVIII épura en juillet les magistrats nommés par Napoléon en mars. Le seul critère épurateur ne peut être que politique ici. Ce même schéma vengeur se retrouve dans les décrets flétrisseurs de 1871⁷³⁸ considérant les magistrats ayant participé à des commissions politiques, contre la République⁷³⁹. Cette épuration politique s'est effectivement faite à l'encontre d'une commission politique visant en premier lieu « tous les hommes dangereux, Républicains, Orléanistes, Légitimistes par catégorie d'opinions »⁷⁴⁰.

À travers ces épurations, on décèle aisément que le mobile politique gouvernant ces épurations est omniprésent. Néanmoins, bien qu'implicites, les épurations procèdent également d'une justification politique que l'on peut déduire du procédé lui-même.

⁷³³ Art. 58, Charte de 1814 ; Art. 49, Charte de 1830.

⁷³⁴ Décret du 17 avril 1848 concernant la suspension ou la révocation des magistrats, in *Duvergier*, T. 48, p. 143.

⁷³⁵ C-G. HELLO, « De l'inamovibilité des juges », *Revue de législation et de jurisprudence*, 14^{ème} année, T. 2, 1848, 24 p.

⁷³⁶ Décret impérial du 13- 20 mars 1815 qui annule tous les changements opérés dans les Cours et Tribunaux, *Bull. lois*, 6^{ème} série, T.I, 1815, p. 18 et s.

⁷³⁷ Ordonnance du Roi du 7 juillet 1818 relative aux fonctionnaires administratifs et judiciaires et aux Commandants et Officiers des Gardes nationales en activité de service au 1^{er} mars dernier, in. *Bull. loi du royaume de France*, 7^è série, T.I, 1815, p. 5 et s.

⁷³⁸ Décrets des 28 janvier - 3 février 1871 prononçant la déchéance de magistrats ayant pris part aux Commissions mixtes de 1852, *Bull. lois de la délégation du gouvernement de la défense nationale hors de Paris*, XII^e série, Versailles, 1871, p. 387 – 388.

⁷³⁹ *Ibid.*

⁷⁴⁰ Circulaire adressée aux préfets, in *Décret sur les membres des commissions mixtes, Observations présentées par Adolphe Cremieux*, Bordeaux, 1871, p. 12 – 13.

Le décret de 1852⁷⁴¹ sur la mise en retraite en est un exemple parfait. Complétant un système de retraite forcée sur incapacité pour infirmités⁷⁴², ce décret vise arbitrairement un âge à partir duquel le magistrat passe de l'état de capable à celui d'incapable⁷⁴³. Superfétatoire au premier regard, la retraite pour incapacité par l'âge vise autre chose. Puisque ce décret ne vise pas réellement l'incapacité du magistrat, il vise donc à faire tomber la protection de l'inamovibilité pour les magistrats les plus anciens. Par effet mécanique, il y a de fortes chances que les magistrats les plus anciens aient été nommés par un pouvoir politique précédent et surtout différent au moment de l'entrée en vigueur d'une telle mesure. Dès lors, le mobile politique découle du procédé en lui-même. N'agissant pas sur l'incapacité, l'amovibilité découle d'un besoin politique.

Le mobile politique des procédés épuratoires est parfois délicat à percevoir comme pour la retraite. A contrario, il est parfois extrêmement visible à l'instar du serment. En effet, le magistrat prête serment⁷⁴⁴, mais en premier lieu au chef du pouvoir politique. Ce serment était dès lors explicitement politique puisque qu'il fut aboli de manière tout aussi explicite⁷⁴⁵.

Enfin, la loi de 1883 « éliminant » des magistrats⁷⁴⁶ « n'en demeure pas moins l'aboutissement d'une entreprise purement politique, voire partisane »⁷⁴⁷ permettant l'élimination « de six cents quatorze magistrats insuffisamment républicains »⁷⁴⁸. S'interrogeant sur les mobiles d'une telle loi, un député estime que, sous prétexte d'une réorganisation des tribunaux, elle est en réalité une mesure politique contre « un certain nombre de magistrats ayant compromis leur caractère, restés serviteurs passionnés des régimes déchus »⁷⁴⁹.

⁷⁴¹ Rapport et décret du 1^{er} mars 1852 sur la mise à la retraite et la discipline des magistrats, *Duvergier*, T. 52, p. 143 et s.

⁷⁴² Loi du 16 juin 1824 concernant l'admission à la retraite des juges atteints d'infirmités graves et permanentes, Bull. loi n°674, p. 337 et s.

⁷⁴³ « La présomption légale qu'un âge déterminé entraîne nécessairement l'infirmité de l'esprit, et par suite l'exclusion de la personne et la déchéance de la fonction, c'est l'anéantissement moral de la vieillesse », SAUZET, *Considérations sur les retraites forcées de la magistrature*, Lyon, F. Dumoulin, 1854, 39 p; 2^e éd., Paris, C. Douniol, 1870, 46 p.

⁷⁴⁴ V. développements sur le serment en tant que mécanisme épuratoire implicite.

⁷⁴⁵ « Les fonctionnaires publics de l'ordre civil, administratif, militaire et judiciaire sont déliés de tout serment. Le serment politique est aboli », Décret de 10 septembre 1870, *Coll. Complete des lois*, 1870, p. 321.

⁷⁴⁶ Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, JORF du 31 août 1883, n°237.

⁷⁴⁷ J-P. MACHELON, « L'épuration républicaine », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 95.

⁷⁴⁸ P. LECOQ, R. MARTINAGE. *Les magistrats et la politique au XIXe siècle. L'exemple des commissions mixtes de 1852*, Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis, 1982, p. 21.

⁷⁴⁹ DE SONNIER, *Débats parlementaires*, Chambre des députés, 6 juin 1882, p. 798.

Afin de confirmer que l'épuration procède d'un mobile politique, il est nécessaire de s'intéresser à la première épuration qui n'a pas emprunté ce caractère à contrario de toutes les autres. Pour Jean Bourdon, le sénatus-consulte de 1807, dans son aspect purement épurateur, ne consiste qu'à expurger les mauvais magistrats en dehors de toute hostilité politique⁷⁵⁰. Face à ce constat, il semble nécessaire de se poser alors la question de savoir pourquoi cette épuration échapperait à la règle du mobile politique. Cette épuration ne peut être politique pour la simple raison qu'il n'y avait aucun magistrat à épurer pour raison politique, a contrario des autres épurations. En 1807, entre l'abandon de l'élection et l'ancrage de la nomination par le pouvoir politique, aucun magistrat ne fut nommé par un régime antérieur, donc aucun en contradiction avec le régime en place. Qualifier ce sénatus-consulte d'épuration politique n'a que peu de sens. Dès lors, il est l'exception qui confirme la règle.

L'aspect politique de l'épuration est confirmé très pragmatiquement par le moment où ces épurations à mobile politique ont lieu. À travers notre étude des procédés épuratoires, on s'aperçoit qu'elles interviennent assez rapidement⁷⁵¹ après un changement de régime, accréditant l'hypothèse politique des épurations de la magistrature. Si on épure les magistrats aussi vite, la justification de l'épuration ne peut être que politique par réaction. L'étude des épurations de la magistrature a permis de mettre en lumière un autre élément ; l'acte par lequel l'épuration est rendue possible. Ces actes sont en grande majorité des actes du pouvoir politique⁷⁵². Ils confirment donc que l'épuration provient bien de la volonté du pouvoir politique.

L'épuration de la magistrature joue alors un rôle purificateur⁷⁵³. Puisque l'intrusion du politique était centrale dans la nomination des magistrats via l'influence, la purification de la magistrature passera nécessairement par l'expurgation de cette influence du régime précédent

⁷⁵⁰ J. BOURDON, « Le sénatus-consulte de 1807 - l'épuration de la magistrature en 1807-1808 et ses conséquences », in Colloque Napoléon, Paris 1969, *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, juillet-septembre 1970, T. 17, p. 836.

⁷⁵¹ « En règle très générale, ces textes sortent dans les cinq à six mois qui suivent un changement de régime. D'abord le Conseil d'Etat puis les préfets et sous-préfets, et ensuite viennent la magistrature et les autres grandes fonctions publiques », P. SANDEVOIR, « Les modalités juridiques des épurations au XIX^e siècle », in *Les Épurations administratives XIX^e-XX^e siècles*, Colloque organisé à Paris le 23 mai 1977, Publications du Centre de recherches d'histoire et de philologie de la IV^e section de l'École Pratique des Hautes Études, Genève, Droz, 1977, p. 105.

⁷⁵² « Presque tous les textes sont des actes du pouvoir exécutif, des ordonnances, des décrets, des arrêtés », *ibid.*, p. 107.

⁷⁵³ Même si l'auteur ne parle que de purification dans le cadre des épurations sous les régimes monarchiques, ce constat peut être à toutes les épurations peu importe le régime ; R. MARTINAGE, « L'épuration sous les régimes monarchiques », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 49.

sur la magistrature. L'aspect politique de la magistrature est central tant comme cause (la nomination) que conséquence (l'épuration). Cette opération est au cœur de la nécessité de l'épuration. Oter l'influence politique antérieure est sa fonction principale⁷⁵⁴. Les épurations peuvent adopter différentes facettes⁷⁵⁵, invoquer différentes raisons pour y procéder qui sont néanmoins toutes tournées vers cet objectif.

L'épuration joue même un rôle crucial dans les changements de régime comme une preuve « de crédibilité, de force, du triomphe des idées par le choix des hommes »⁷⁵⁶. L'épuration serait même considéré comme bénéfique pour la magistrature permettant d'enlever des mauvais magistrats en les remplaçant par des bons à l'instar du « spoil system » américain⁷⁵⁷. Une telle opération supposée bénéfique ne peut être qu'involontaire puisque la capacité ou la compétence du magistrat n'est aucunement un critère pour y procéder. Du fait que l'épuration est une réaction au régime précédent, elle devenait de fait systématique. La répétition d'une mauvaise pratique ne peut avoir comme effet de la transformer en une bonne⁷⁵⁸. Il semble difficile de faire ressortir de l'épuration quelque chose de positif, épuration rendue possible par la violation du seul principe garantissant un tant soit peu l'indépendance de la magistrature.

Il ressort très nettement des développements précédents que l'inamovibilité malgré une place de choix dans la magistrature n'est en réalité qu'une façade cédant au moindre changement de régime, lui faisant perdre toute son efficacité, son utilité. L'épuration est la résultante de l'opposition entre nomination par le pouvoir et indépendance du pouvoir. Il semble clair que le premier rend impossible le second. Ainsi, si la nomination colore à ce point le magistrat nommé du pouvoir politique le nommant rendant nécessaire de telles épurations, il ressort donc mécaniquement que la magistrature est soumise au pouvoir politique. Elle sera modifiée plus ou moins en profondeur par le pouvoir politique à son bon vouloir.

⁷⁵⁴ « Elles ont toutes un but commun, celui d'éliminer des magistrats qui déplaisaient par leurs opinions, leur comportement sous le régime précédent, leur attachement à celui-ci, pour les remplacer par des hommes qui avaient la confiance des nouveaux dirigeants », in A. BRAUNSCHWEIG, « Les fonctions de l'épuration », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, Association française pour l'histoire de la justice, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 147.

⁷⁵⁵ Les épurations peuvent être appréhendées comme préventives, répressives, voir à ce sujet ; C. GOYARD, « La notion d'épuration administrative », in *Les Épurations administratives XIXe-XXe siècles*, Colloque organisé à Paris le 23 mai 1977, Publications du Centre de recherches d'histoire et de philologie de la IVe section de l'École Pratique des Hautes Études, Genève, Droz, 1977, p. 105

⁷⁵⁶ A. BRAUNSCHWEIG, « Les fonctions de l'épuration », *op. cit.*, p. 153.

⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁷⁵⁸ S. BERGE, « Revue critique, De l'inamovibilité de la magistrature », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, T. 4, 1880, p. 541.

II : La volonté d'une magistrature soumise au pouvoir politique

L'étude de l'inamovibilité de la magistrature et des épurations nous a amené à pousser à son paroxysme la contradiction posée dès la Constituante, au cœur de la question de légitimité de la magistrature. L'épineuse équation⁷⁵⁹ entre la garantie d'indépendance de la magistrature et la nomination de ses membres par le pouvoir politique n'a pas été réellement résolue. En effet, la réponse apportée n'est pas une conciliation mais en est restée à un choix de l'un nécessairement au détriment de l'autre.

L'épuration est la réponse apportée à cette impossible question ; « elle naît de la difficulté d'accorder deux nécessités, celle de l'indépendance de la justice d'une part, et, d'autre part, la nécessité d'une harmonie suffisante entre la justice et le pouvoir politique »⁷⁶⁰. Vu la difficulté d'une telle entreprise, en cas de conflit entre ces impératifs, l'indépendance s'effacera pour laisser toute latitude à remodeler la magistrature à son image.

Cette solution favorable au pouvoir politique est rendue possible par combinaison de deux effets étudiés ici ; la faiblesse de la protection de l'inamovibilité face à l'influence et la force de la nomination qui insuffle cette influence. L'épuration a tranché en faveur du second. En effet, notre étude tend à démontrer que la nomination est la seule possibilité de recrutement viable des magistrats. L'inamovibilité n'est que la réponse logique à la nomination pour tendre à l'indépendance des magistrats. Il est donc le premier et seul principe protégeant l'indépendance.

Néanmoins, l'épuration est la preuve parfaite de l'inefficacité de l'inamovibilité. Ce principe pourtant si vital et indispensable⁷⁶¹ est trop faible. Il est faible car il souffre de nombreuses limites dont l'avancement sous contrôle du pouvoir politique qui le limite fortement⁷⁶². L'inamovibilité se dissout alors par l'influence politique, imprégnant ainsi la magistrature de cette coloration politique la rendant « maître du pouvoir judiciaire »⁷⁶³.

⁷⁵⁹ « Bossuet parle de ces bouts de la chaîne qu'il nous faut tenir solidement sans avoir jamais la possibilité de les relier d'une manière solide », A. BRAUNSCHWEIG, J. FOYER, « les fonctions de l'épuration », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 157.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 113.

⁷⁶² L. DUCOM, *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, p. 141.

⁷⁶³ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 135.

L'inamovibilité ne peut résister à l'intrusion du politique en son sein, elle n'est pas assez solide pour la contrer⁷⁶⁴. Dès lors, ce principe protecteur n'est qu'un leurre, une illusion⁷⁶⁵.

Ce constat de faiblesse amène à conclure que l'équation n'est pas résolue, qu'il manque l'objectif à atteindre ; l'indépendance de la magistrature, sacrifiée par nécessité et par contrainte par l'épuration. Elle est comme « paralysée, annihilée »⁷⁶⁶. L'épuration rend caduque l'indépendance qui ponctuellement disparaît totalement touchant plus globalement sur la magistrature qui devient donc dépendante. L'inamovibilité qui devait jouer ce rôle régulateur en est incapable, en est empêchée.

Elle est incapable d'atteindre un tel objectif car l'inamovibilité seule ne peut y parvenir, elle est tout simplement insuffisante⁷⁶⁷. Il est demandé à l'inamovibilité de garantir seule l'indépendance de la magistrature qui ressort comme instinctivement nécessaire. L'indépendance est atteinte par l'épuration⁷⁶⁸.

L'inamovibilité est donc dans une position intenable, n'étant que le seul moyen de garantie. Elle seule ne peut mettre les juges à l'abri des faveurs⁷⁶⁹. Dès lors, si l'indépendance de la magistrature ne peut pas garantir de manière constante, elle ne peut donc être sous dépendance, sous l'influence du pouvoir politique.

À intervalle régulier, l'impact sur l'indépendance de la magistrature est clairement visible. À intervalle régulier, la magistrature est recomposée par le pouvoir politique. À intervalle régulier, la magistrature est dépendante au pouvoir politique. La répétition de ces épurations marque la magistrature de manière durable.

La répétition des épurations entraîne nécessairement un effet d'emballement. Puisque l'épuration est la remise en cause et l'expurgation du passé politique de la magistrature, plus les régimes se succèdent, plus le politique s'est imprégné dans la magistrature, plus l'épuration doit être en profondeur. La dernière⁷⁷⁰ réelle épuration politique de la magistrature, celle de

⁷⁶⁴ E. BASQUIN, *L'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille; Le Cateau, Impr. de J. Roland, 1899, p. 82.

⁷⁶⁵ L. DEJEAN, *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, p. 114

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 115.

⁷⁶⁷ G. PIRARD, *L'inamovibilité de la magistrature et nécessité de la maintenir*, Paris, Marchal et Billard, 1879, p. 58.

⁷⁶⁸ A. ALASSEUR, *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, p. 139.

⁷⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁷⁰ Les épurations opérées par le régime de Vichy se font sur des critères discriminatoires notamment sur les croyances religieuses et non pas d'appartenance politique. Les épurations à la Libération sont en réaction à ses dernières, in A. BRAUNSCHWEIG, J. FOYER, « Les fonctions de l'épuration », communication au Colloque

1883, tente de solder un siècle d'épuration politique, un siècle de vengeance. Elle devait réussir le tour de force de chasser les anti-républicains de la magistrature par la suspension de l'inamovibilité sans pour autant, comme le garantissait le pouvoir politique, porter atteinte à son indépendance ni la mettre sous surveillance⁷⁷¹.

À la lumière de nos précédents développements, il est impossible de concilier toutes ces considérations. La convergence de tous ces impératifs reviendrait à ôter toute considération politique aux membres de la magistrature. L'épuration de 1883 ne poursuit pas ce but, elle expurge les anti-républicains. L'épuration n'a finalement pas pour objectif d'ôter l'influence politique du précédemment régime mais simplement de la changer pour qu'elle soit conforme. L'influence politique s'exerce alors durant les épurations pour la changer et s'installe durablement jusqu'à la prochaine épuration. Ainsi, l'influence et la dépendance de la magistrature est constante.

Dès lors, il ressort un état de fait ; que la magistrature ne peut qu'être soumise au pouvoir politique. Les épurations sont l'expression de cette soumission. La magistrature s'est habituée à cette soumission à travers les assauts répétés à son indépendance par les épurations successives⁷⁷². Cette soumission est la résultante de l'impossibilité de résolution du paradoxe, entre la nomination et l'indépendance, du fait de l'extrême fragilité du seul principe protégeant la magistrature.

Le raisonnement sur ce paradoxe commencé dès les premières nominations de magistrat lors de la chute de l'élection perdurera durant 150 ans jusqu'en 1958. Ces 150 années d'histoire de la magistrature à travers une inamovibilité constamment consacrée rejetée par tous les régimes politique balançant continuellement entre la nécessité de nomination des magistrats par le pouvoir politique et l'aspiration à l'indépendance des magistrats peut se résumer ainsi ; Elle [la majorité nouvelle] conteste l'inamovibilité, mais ne la paralyse que temporairement, car elle aspire à la permanence de l'ordre nouveau, qu'elle institue »⁷⁷³. Cette opposition est une véritable schizophrénie que l'inamovibilité seule ne peut résoudre comme l'histoire peut en

L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, Association française pour l'histoire de la justice, Paris, 4-5 décembre 1992; Histoire de la Justice, année 1993, n° 6, p. 154.

⁷⁷¹ J-P. MACHELON, « L'épuration républicaine », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, Association française pour l'histoire de la justice, Paris, 4-5 décembre 1992; Histoire de la Justice, année 1993, n° 6, p. 96.

⁷⁷² A. BRAUNSCHWEIG, J. FOYER, « Les fonctions de l'épuration », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, Association française pour l'histoire de la justice, Paris, 4-5 décembre 1992; Histoire de la Justice, année 1993, n° 6, p. 161.

⁷⁷³ P. LECOCQ, R. MARTINAGE, *Les magistrats et la politique au XIXe siècle. L'exemple des commissions mixtes de 1852*, Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis, 1982, p. 46.

attester. Cette inamovibilité à géométrie variable permet de comprendre la conception faite de la magistrature. La nomination par le pouvoir politique tend à une perpétuelle violation de l'inamovibilité imposant alors à la magistrature une perpétuelle dépendance. La puissance politique conférée par la nomination engendre nécessairement ce mécanisme vicieux, où la magistrature doit être changée à chaque changement de régime politique. L'épuration politique entraîne nécessairement l'épuration qui suivra et ainsi de suite. La nomination conçue ainsi porte en son sein les germes de l'épuration à venir, comme signe incontestable de la soumission de la magistrature au pouvoir politique.

L'épuration est la démonstration que le pouvoir politique prend le dessus sur la magistrature par l'exemple de l'inamovibilité qui s'incline devant le pouvoir de nomination. Les deux sont censés fonctionner en tandem pour garantir un bon équilibre entre la nomination et l'indépendance. L'épuration est la preuve de la conception de la magistrature souhaitée par le pouvoir politique ; la considérant comme une branche du pouvoir exécutif comme une banale autorité judiciaire, sous son contrôle.

Conclusion titre 1 : Un système entièrement pensé pour la domination du pouvoir sur la magistrature.

Lors de la Constituante, la relation pouvoir politique et magistrature semble être un enjeu majeur. Aussi crainte que nécessaire, la magistrature fait l'objet d'une attention particulière sur sa potentielle relation avec le pouvoir. Après avoir entériné et mis en pratique l'élection comme méthode d'indépendance totale entre les deux, le pouvoir politique reprendra rapidement en main sa magistrature. Bien loin de l'élection, le pouvoir politique créera un lien direct avec le magistrat par la nomination. Le système de nomination s'accompagne d'un principe pour disposer d'un système équilibré. L'inamovibilité est le contrepoids nécessaire qui accompagne logiquement la nomination.

Cependant, dans une optique de domination, l'inamovibilité est une gêne qu'il convient d'éliminer. Le pouvoir politique s'emploiera à l'affaiblir au maximum dans sa définition et ses effets pour être le moins entravé possible. Il n'hésitera pas à le supprimer dès qu'il sentait qu'elle pouvait être un frein à ses ambitions de renouvellement de la magistrature pour continuer sa domination.

Le pouvoir politique n'a pas hésité à totalement bouleversé l'équilibre naturel d'une magistrature nommé par le pouvoir politique en supprimant la seule garantie d'indépendance. Dès lors, la dépendance glisse vers une soumission de la magistrature au pouvoir politique. Cette soumission n'est pas sans conséquence pour la magistrature. Elle entraîne de profondes et lourdes transformations maintenant et aggravant cette situation de soumission. Le pouvoir met en place les conditions d'une dépendance qui s'auto entretient, la laissant totalement à sa merci. La dépendance est néfaste pour la magistrature nécessitant alors l'émergence de mécanismes pour y remédier.

Titre 2 : L'effet néfaste de la dépendance au pouvoir politique

Gage d'indépendance de première génération, la faiblesse de l'inamovibilité démontre son inefficacité à rendre la magistrature indépendante. Bien qu'elle soit consacrée et intégrée, l'inamovibilité n'a pas empêché la mainmise du pouvoir sur la magistrature. Cette domination a porté atteinte à la magistrature. Le pouvoir politique a fait primer la compétence morale sur la compétence juridique. Il s'est construit un système de recrutement discrétionnaire sur mesure, seulement textuellement limité par le critère d'âge. Les autres critères sont basés principalement sur l'influence et les recommandations fatalement subjectives. Le pouvoir politique ne doit pas s'encombrer d'obstacles objectifs. Le choix du pouvoir politique se porte ainsi sur la nomination d'une strate de la société, de la bourgeoisie économique. Ce corps homogène ne possède pas d'esprit de corps spécifique à la magistrature, permettant à nouveau la soumission de ce corps. Une fois nommée, cette magistrature est précarisée. Les magistrats disposent de traitements très faibles, d'un prestige tout aussi faible et ne disposent d'aucunes garanties de carrière (Chapitre 1).

Dès lors, constatant les conséquences d'une telle dépendance, des garanties d'indépendance de la magistrature vont émerger pour compléter l'inamovibilité insuffisante pour garantir seule l'indépendance. Très tôt au XIX^{ème} siècle, des idées comme le concours, la nécessité de formation des magistrats ou des garanties de carrière vont émerger pour rendre plus indépendante la magistrature. Elles reposent sur la nécessité de garantir la compétence juridique du magistrat et sa carrière en les faisant échapper au pouvoir politique. Malheureusement, la mise en œuvre concrète de ces mécanismes n'atteint pas l'effet escompté. Le pouvoir politique freine directement ou indirectement cet effet. Il détourne le concours et la formation de ses hauts objectifs et contrôle toujours l'avancement et le CSM, comme organe disciplinaire. L'émergence de ces mécanismes au XIX^{ème} siècle et début XX^{ème} ne portera ses fruits que bien plus tard (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les atteintes portées à la magistrature

Chapitre 2 : L'émergence contrariée des mécanismes d'indépendance

Chapitre 1 : Les atteintes portées à la magistrature par sa dépendance

La conception de la magistrature dès le début du XIX^{ème} siècle lui a porté atteinte. La dépendance tant souhaitée que nécessaire de la magistrature a engendré deux conséquences importantes. Cette dépendance nécessite la mise en place d'un corpus de règles axé sur la subjectivité pour la permettre et la favoriser (Section 1). L'ensemble de ces règles favorisant la dépendance va entraîner un affaiblissement du corps de la magistrature (Section 2). La subjectivité telle que recherchée est l'Alpha et l'Omega de la dépendance ; elle en est la facilitatrice et la continuatrice.

Section 1 : Un encadrement de la magistrature marqué par l'absence d'objectivité

Pour parvenir à la dépendance de la magistrature, il est nécessaire pour le pouvoir politique de mettre en place des règles les plus subjectives possibles. Dès lors, il décide de faire appel à des compétences (Paragraphe 1) et des qualités (Paragraphe 2) particulières pour y parvenir. L'instauration de règles subjectives permet de créer et d'entretenir la dépendance de la magistrature.

Le pouvoir politique pourra ainsi contrôler à sa guise les conditions de dépendance. Elles ne seront en aucun cas des entraves pour le pouvoir politique et ses choix discrétionnaires. Elles sont pensées pour les favoriser.

Paragraphe 1 : L'exigence en priorité d'une compétence subjective

Malgré l'instauration de ce processus de dépendance, il est nécessaire d'avoir des magistrats compétents juridiquement. Néanmoins, la compétence juridique, semblant primordiale pour des magistrats, est purement et simplement éludée. Elle est présumée (I). L'accent est mis sur la compétence morale du magistrat en compensation. Cette exigence de moralité, plus subjective que celle de compétence juridique, s'inscrit logiquement dans ce système discrétionnaire à dessein (II).

I : Une compétence juridique éludée

À travers le prisme du jury criminel, on peut définir sa compétence restreinte en matière juridique pour mieux définir celle du magistrat en miroir. Il peut être intéressant de faire simplement un rapprochement entre la compétence juridique des jurés et des magistrats professionnels. En explicitant la (non) compétence du jury criminel, cela permet de faire ressortir au mieux celle exigée des magistrats.

André Toulemon dans son ouvrage « La question du jury »⁷⁷⁴ discute de la compétence intellectuelle du jury dans l'optique de sa participation à un jugement criminel. Il dresse un dur constat à l'encontre du jury qu'il considère comme un « rassemblement des médiocrités » du fait d'une non sélection des membres composant le jury car le rôle des jurés est très complexe malgré une réponse par oui ou par non⁷⁷⁵. Dans cet ouvrage, Toulemon cite Faustin Hélie estimant qu'il faut recruter les jurés parmi les membres les plus éclairés de la société⁷⁷⁶ car il ne dispose que d'une intelligence ordinaire, d'un sens commun et d'une instruction vulgaire⁷⁷⁷.

Malgré ce constat saisissant dressé à l'encontre du jury populaire, Toulemon estime qu'une modification en profondeur du mode de sélection est inconcevable sur la question de leur compétence juridique. Même s'il estime que le jury et les membres qui le composent sont incompétents, les améliorer est impossible. Améliorer la compétence juridique des jurés reviendrait à avoir des juges professionnels. La seule possibilité de perfectionner le jury serait de modifier le mode de nomination des jurés en remettant en cause le caractère aléatoire de ce dernier. La simple sélection de juré pour prendre les meilleurs juridiquement reviendrait à choisir des magistrats professionnels. Ainsi, à la lumière de cette définition du juré, il ressort d'emblée une définition à contrario qui fait ressortir le caractère de la qualité juridique intrinsèque des magistrats.

La compétence juridique du magistrat est une des rares qualités textuelles prévue au XIX^{ème} siècle. En effet, la grande loi du 20 avril 1810⁷⁷⁸ exige de manière stricte la compétence juridique nécessaire du magistrat. En son article 64, il est prévu que « nul ne pourra être juge ou suppléant [...] s'il n'est licencié en droit, et s'il n'a suivi le barreau pendant deux ans »⁷⁷⁹.

⁷⁷⁴ A. TOULEMON, *La question du jury*, Sirey, 1930, 295 p.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 137.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p.135 et 136.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 144.

⁷⁷⁸ Loi du 20 avril 1810 « loi sur l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice », Bull. Loi T. 12, 1810, n°282, p. 291 et s.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 305.

Elle semble alors revêtir une certaine importance pour figurer aussi clairement dans une telle loi.

Pour l'exigence de la licence en droit, il faut se référer à une loi antérieure qui régla la question des études de droit. Une loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804)⁷⁸⁰ est venue ré-encadrer les études de droit du fait qu'elles ont « été délabrées au XVIIIème siècle, délaissées pendant la Révolution »⁷⁸¹. Les études de droit sont capitales puisqu'elles conditionnent nécessairement la compétence juridique des futurs magistrats. Cette loi prévoit à la fois le temps de la licence de droit fixée à 3 ans⁷⁸², le programme d'étude de la dite licence⁷⁸³, les modalités d'examens⁷⁸⁴. La loi cardinale de 1810 fait évidemment référence aux règles portées par la loi du 22 ventôse an XII. La combinaison de ces deux règles semble faire de la compétence juridique du magistrat une condition sine qua non et prioritaire. Au-delà de cette exigence stricte d'une licence en droit, une loi du 23 ventôse an XII⁷⁸⁵ (20 mars 1804) pose une dérogation et permet « aux avoués non licenciés en droit mais ayant dix ans d'exercice, d'entrer dans la carrière judiciaire »⁷⁸⁶.

L'objectif des Écoles de droit est donc de former, à travers le prisme de la magistrature, des futurs magistrats instruits et rompus aux problématiques juridiques. Le rôle des études de droit sous l'Empire est de « donner aux futurs juristes les connaissances nécessaires, leur ouvrir « le sanctuaire de la justice » ou au contraire le leur fermer s'ils n'ont « pas d'autre titre pour y pénétrer qu'une présomptueuse ignorance »⁷⁸⁷. À la lumière de ces lois de 1804 et 1810, ainsi que de l'intention qu'elles portent, cette compétence juridique matérialisée au départ par l'étude du droit semble prendre une place, fort logiquement, importante au sein des qualités attendues des magistrats.

⁷⁸⁰ Loi du 22 ventôse an XII « Loi relative aux Ecoles de droit », Bull. Loi, n°355, in M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 244.

⁷⁸¹ J-P. ROYER, *La société judiciaire depuis le XVIIIème*, Paris, PUF, 1979, p. 275.

⁷⁸² Article III, *op. cit.*

⁷⁸³ Article II : « On y enseignera, 1° le droit civil français établi par le Code civil, les éléments du droit naturel et du droit des gens, et le droit romain dans ses rapports avec le droit français ; 2° Le droit public français, et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique ; 3° La législation criminelle et la procédure civile et criminelle » *op. cit.*

⁷⁸⁴ Article IV, *op. cit.*

⁷⁸⁵ Loi du 23 ventôse an XII relative aux Ecoles de droit, Bull loi T. IX, 1804, p. 701 et s.

⁷⁸⁶ Article 27 loi du 29 ventôse an XII, *ibid.*

⁷⁸⁷ J-P. ROYER, *op. cit.*, p. 275.

Cependant, malgré un système textuel semblant tout à fait satisfaisant sur la compétence juridique, les études de droit et son impact sur la compétence juridique du magistrat soulèvent bon nombre de critiques à son encontre.

L'œuvre napoléonienne sur les Écoles de droit est fort louable mais, aussi textuelle et précise soit-elle, elle n'est pas sans soulever de lourdes critiques à son encontre. Ces critiques visent le système de formation juridique par les Écoles de droit. En creux, on peut déceler, sans mal, qu'elle vise également la formation des futurs magistrats et par voie de conséquence la magistrature en son ensemble

En effet, tout au long du XIX^{ème} siècle, il existe une critique virulente à propos de la licence de droit exigée pour la magistrature et de son potentiel caractère légitimant. Selon ces dernières, la licence en droit « ne prouve pas le mérite mais seulement l'absence d'incapacité assez grave pour motiver un rejet persévérant »⁷⁸⁸. On peut entreapercevoir dès lors la critique principale formulée en filigrane. La licence en droit ne garantit pas un bon candidat à la magistrature, elle permet seulement d'en écarter les plus mauvais. La critique est même allée au-delà pour toucher l'étude du droit en elle-même.

Dans un article publié en 1834, un professeur à la faculté de droit de Poitiers nommé Foucart dresse un portrait peu flatteur de l'étude de la science juridique. Dans son article « De la nécessité d'exiger des candidats à la magistrature des conditions spéciales de capacité »⁷⁸⁹, il dénonce le manque de légitimité que confèrent les études de droit. Ainsi, il estime, en premier lieu, que l'âge des nouveaux licenciés de 21 ans ne permet pas d'acquérir « l'étendue et la fermeté de jugement nécessaires pour faire un jurisconsulte »⁷⁹⁰. Egalement, il est fait grief à la courte durée de 3 ans des études de droit qui « ne peuvent donner une connaissance approfondie d'une science aussi vaste que le droit »⁷⁹¹, en précisant que la licence de droit « prouve tout autant de mémoire que d'intelligence »⁷⁹². De plus, cette licence fut critiquée aussi sur son caractère sérieux en comparaison d'un doctorat car elles sont « infiniment plus sérieuses que celles de licence »⁷⁹³.

⁷⁸⁸ M. ROUSSELET, *La magistrature sous la Monarchie de Juillet*, Sirey, Paris, 1937, p. 149.

⁷⁸⁹ FOUCART, « De la nécessité d'exiger des candidats à la magistrature des conditions spéciales de capacité », *Revue de législation et jurisprudence*, T. 1, 1834-35, p. 346 et s.

⁷⁹⁰ FOUCART, *ibid.*, p. 347.

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ F. JACQUES, « De l'organisation judiciaire », *revue de droit français et étranger*, T. XV, 1848, p. 514.

De ces critiques issues de périodes différentes, il ressort la faiblesse des études de droit pour l'accès à la magistrature. La réussite des études et l'obtention d'un diplôme de licence en droit ne permet de prouver une seule chose, que l'« on n'est point jurisconsulte pour avoir passé des examens avec succès, que l'on est seulement apte à étudier le droit »⁷⁹⁴.

Enfin, le professeur Foucart présente le décalage abyssal subsistant entre la théorie et la pratique. Il estime « que des jeunes licenciés échappés à l'ennui des cours, à la gêne des examens, se livrent à de pénibles travaux peu en harmonie avec les goûts de leur âge, s'ils n'y sont pas contraints par la nécessité, et s'ils ont dans leur diplôme un titre suffisant pour prétendre à toutes les places de la magistrature ? Pour quiconque a réfléchi sur la difficulté des études de droit, sur la légèreté naturelle aux jeunes gens, la réponse ne saurait être douteuse »⁷⁹⁵.

Il découle de ce passage, un décalage entre la théorie étudiée par des jeunes personnes et la pratique d'une fonction de magistrat. Il termine d'analyser ce décalage en se demandant, parmi les licenciés en droit, « quels sont ceux qui fécondent ensuite par le travail et la méditation les semences déposées dans leur esprit ? »⁷⁹⁶.

Il ressort inévitablement de ces critiques que l'exigence d'une licence de droit ne semble pas satisfaisante au regard de l'accès à la magistrature. De ce fait, si les Ecoles de droit sont critiquables à divers endroits, ces critiques resurgissent nécessairement sur la magistrature. Une critique peut être également formulée à l'encontre d'une disposition spécifique de la loi du 22 ventôse an XII sur les modalités d'obtention d'une licence en droit. En effet, en son article XVII, elle dispose que « seront considérés comme licenciés, sans remplir aucune formalité, 1° les juges des tribunaux de cassation, d'appel, criminel et de première instance, en fonctions au moment de la publication de la présente loi, et leurs suppléants ; 2° Les commissaires du Gouvernement près ces tribunaux, et leurs substituts »⁷⁹⁷. Cette même loi prévoit une dérogation en son article 18 pour l'obtention d'un diplôme de licence.

Cette loi a permis d'octroyer une licence en droit à tous les magistrats en fonction, mais aussi « après trois ans d'exercice [aux] hommes de loi »⁷⁹⁸. À titre d'exemple, un avocat nommé conseiller auprès de la Cour d'appel de Montpellier en 1832 a obtenu un diplôme de licence en

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ Article XVII, Loi du 22 ventôse an XII « Loi relative aux Ecoles de droit », Bull. Loi, n°355, in M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 244.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

droit « sans avoir suivi aucun cours et sans avoir subi d'examens »⁷⁹⁹ ce qui démontre sans mal la relative nécessité d'un suivi assidu du cursus proposé par la loi de 1804 et exigée par celle de 1810.

Il semble évident, malgré la qualité des enseignements de l'époque qui n'était pas aussi mauvaise que les critiques laissaient supposer⁸⁰⁰, que les études de droit et l'exigence d'obtention d'une licence de droit ne permettrait pas de légitimer, autant que souhaité par le législateur, le magistrat. Face à ces critiques importantes mais néanmoins pertinentes, la compétence juridique du candidat ne saurait procéder uniquement que de la licence en droit. En effet, comme précisé par la loi du 20 avril 1810, « nul ne pourra être juge ou suppléant [...] s'il n'a suivi le barreau pendant deux ans »⁸⁰¹.

Dès lors, cette exigence d'exercice de la profession d'avocat pendant au minimum deux ans permet de transformer la simple étude théorique du droit en une formation plus complète par une pratique juridique nécessaire. Cette exigence d'exercice du barreau permet, en partie, de répondre aux critiques formulées à l'encontre de la formation théorique de la licence en droit et de la compétence juridique du magistrat.

Cette nécessité de pratique de la profession d'avocat est incontestablement vitale pour pallier les manques inhérents à une pure formation théorique du droit. Ainsi, à titre d'exemple, une annulation de nomination d'un juge suppléant au tribunal de Laval en 1830 s'est produite car ce magistrat n'avait pas effectué un stage obligatoire⁸⁰². Sur cette problématique, « le gouvernement se montrait très strict [...] et n'hésitait pas à annuler même des nominations déjà faites »⁸⁰³. Cette exigence stricte traduit la complémentarité nécessaire entre la formation théorique et sa mise en pratique, validant ainsi le dispositif de la compétence juridique de la loi de 1810 qui aura vocation à perdurer tout au long du XIX^{ème} siècle.

Cependant, cette exigence semblant logique et cohérente n'aura pas l'effet escompté sur la légitimité du magistrat du fait notamment des critiques et de la pratique de recrutement des candidats à la magistrature, qui tendra simplement à une présomption de cette compétence juridique.

⁷⁹⁹ *Ibid.*

⁸⁰⁰ V. M. ROUSSELET, *ibid.*, p. 245

⁸⁰¹ Article 64, loi du 20 avril 1810 « loi sur l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice », Bull. Loi T. 12, 1810, n°282, p. 291 et s.

⁸⁰² M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 245.

⁸⁰³ *Ibid.*

« Les connaissances juridiques, en l’an VIII comme en 1790, elles étaient davantage présumées que prouvées et résultaient de l’exercice antérieur d’une profession juridique »⁸⁰⁴. Cette présomption pose une difficulté majeure. La compétence peut être présumée à cause d’un manque de reconnaissance de cette dernière mais également à cause de la place très importante qu’occupe la compétence morale dans le recrutement des magistrats au XIX^{ème} siècle.

L’exigence d’une licence de droit et d’un stage au barreau ne se pose pas nécessairement en qualité incontournable. L’instauration de cette règle sous l’Empire détonne avec la pratique qui en est faite. Monsieur Jean-Pierre Royer évoque une légende de l’époque sur la réelle efficience de cette exigence. Il relève un exemple du « laxisme napoléonien » où la correcte orthographe ou non du mot carotte servira de critère de recrutement pour choisir les grades des futurs magistrats⁸⁰⁵. Il est fait état que l’exigence de la loi de 1810 soit remplacée par « un oral pour éliminer les plus inaptés »⁸⁰⁶. Le laxisme napoléonien finit par tomber en désuétude pour donner un semblant de valeur à la compétence juridique du magistrat. Cependant, cette compétence juridique est subordonnée à l’implacable technique de la recommandation qui la supprime dans le recrutement des futurs magistrats. Monsieur Jean-Pierre Royer estime, par rapport à la compétence juridique, que « l’important est ailleurs, il est dans les recommandations, dans les relations, dans la bonne volonté des protecteurs »⁸⁰⁷.

Même si la compétence juridique ne fait qu’être présumée, elle est nécessairement existante, jouant un rôle même s’il n’est pas déterminant. Le manque de légitimation de cette qualité est l’effet conjugué de l’importance notable de la compétence morale et d’un système de formation théorique critiqué et critiquable. Cependant malgré cette remise en cause, la compétence juridique du magistrat dans son recrutement reste d’importance.

En partant du postulat que la formation juridique du magistrat telle que prévue au début de XIX^{ème} siècle remplisse son office à la perfection et que toutes les critiques se taisent, il n’en reste pas moins qu’elle connaît de lourdes lacunes. Même parfaite, la formation juridique dispensée par les Ecoles de droit est fatalement limitée à la théorie. Dans le meilleur des cas, le futur magistrat ne disposera que d’une formation parfaite d’un point de vue théorique. Dès lors,

⁸⁰⁴ J-P. ROYER, *op. cit.*, p. 257.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 276.

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ *Ibid.*

il apparaît le spectre de la pratique juridique et judiciaire qui fait cruellement défaut. La formation juridique suppose l'addition de la pratique à la théorie sans quoi elle est sans effet⁸⁰⁸.

La compétence juridique est ainsi vérifiée à minima. Le pouvoir politique trouve son intérêt à laisser la compétence juridique dans cet état dans l'optique de créer une dépendance. Exiger une compétence juridique plus présumée plutôt que réellement éprouvée permet une marge de manœuvre certaine pour le pouvoir politique. Une compétence juridique présumée ne devient pas une compétence excluante, triant réellement les magistrats. Dès lors, elle n'est pas un frein au choix arbitraire des magistrats que s'octroie le pouvoir politique. Une compétence juridique a minima permet de concilier à la fois la nécessité d'une telle compétence pour le magistrat sans pour autant être gênante et bloquante dans le choix du magistrat.

La compétence juridique, entendue comme compétence objective car non soumise à une appréciation discrétionnaire, est assurée sans devenir une contrainte. À cette compétence juridique est adossée en balance la compétence morale, purement subjective. Si la compétence juridique est éludée, l'accent est mis à dessein sur la compétence morale.

II : Une compétence morale comme ancrage subjectif de la dépendance

La Roche Flavin estimait dès le XVII^{ème} siècle qu'« avant que procéder à l'examen et réception des Magistrats, on fait inquisition de leur vie, mœurs, religion..., et ce avec une grande équité et raison : d'autant qu'ayant à juger des biens, des fortunes, de la vie et honneur d'autrui, ils doivent être exempts de blâme »⁸⁰⁹. Le magistrat doit être exempt de blâme avant d'analyser ceux des autres. Cet aspect du magistrat semble dès lors prendre une certaine importance.

Au-delà des seuls blâmes, cette citation fait état d'une exigence latente pour le magistrat d'une bonne moralité. Cette compétence revient à se demander si le magistrat, à travers sa vie privée et professionnelle, est digne de devenir magistrat et, ainsi, légitime pour l'être. La transmission de l'office de judicature via la vénalité des offices exige nécessairement cette « inquisition » de la vie du magistrat avant l'acquisition par ce dernier de l'office.

⁸⁰⁸ M. DEHESDIN, *Étude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1908, p. 171.

⁸⁰⁹ B. de LA ROCHE FLAVIN, *Treize livres des parlements de France*, Liv. VI, Chap. II, 1621.

Cette exigence forte d'un magistrat doté d'une compétence morale la plus haute possible survit à la Révolution Française et connaît un essor important à partir du Consulat. Une « simple circulaire »⁸¹⁰ dite circulaire d'Abrial du 2 mars 1809 impose la compétence morale comme décisive.

Cette circulaire de 1809 entend la compétence morale du magistrat comme celle « d'une bonne vie et mœurs et justifier d'une suffisante aptitude morale pour l'exercice des fonctions qu'ils sollicitent. Ils doivent [...] réunir les lumières, la probité »⁸¹¹. L'examen de cette compétence morale du magistrat fera l'objet « de la plus scrupuleuse attention » de la part des chefs de Cours⁸¹².

Cette compétence morale s'inscrit comme une compétence incontournable au même titre que la compétence juridique. En effet, elle s'articule avec la loi du 22 ventôse an XII sur les écoles de droit posant les deux compétences exigées du magistrat⁸¹³. Elle dispose ainsi d'une reconnaissance explicite de son éminence.

Cette notion de compétence morale renvoie nécessairement au concept de bonne et de mauvaise moralité qui aura, sous le XIX^{ème} siècle, par l'influence de la circulaire d'Abrial, une incidence majeure sur le recrutement des magistrats.

La compétence morale peut se définir selon plusieurs éléments. Ainsi, la compétence morale relève de la « moralité, civisme, l'attachement à l'ordre des choses actuelles »⁸¹⁴ que l'on peut considérer comme une moralité publique. Il existe également un autre pan de la compétence morale, d'un point de vue privé, ne devant pas être esquivé⁸¹⁵ bien au contraire. Cette compétence morale permet de délimiter la notion de bon juge au regard de la circulaire d'Abrial « sous le Consulat selon des formules qu'inaugure et que lance pour le long terme le XIX^{ème} siècle débutant »⁸¹⁶. Un faisceau d'indices comprenant des comportements, des attitudes de la vie privée, professionnelles du magistrat aura une incidence sur sa compétence morale et donc, in fine, sur son recrutement ou non au sein de la magistrature. Les écrits sur ce point ne sont pas légions, de même que la circulaire et les points soulevés ne sont pas clairement explicites. Cette compétence morale simplement délimitée par une circulaire trouve son intérêt principal

⁸¹⁰ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, op. cit., p. 239.

⁸¹¹ *Ibid.*

⁸¹² N. GILET, *Analyse des circulaires, instructions et décisions émanées du ministère de la justice*, Paris, Impr. Et libr. Générale de jurisprudence, T.1, 1876, p. 113.

⁸¹³ N. GILET, *Analyse des circulaires, instructions et décisions émanées du ministère de la justice*, *Ibid.*

⁸¹⁴ J-P. ROYER, op. cit., p. 257.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 258.

⁸¹⁶ J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, op. cit., p. 458.

non pas dans sa définition potentiellement extensive et nécessairement subjective mais dans son utilité, son application en tant que compétence ainsi subjective.

Le XIX^{ème} siècle est dominé par la pratique d'une nomination directe par liste qui est faite par le pouvoir politique. Ainsi, la compétence morale en tant que filtre prend une place centrale car elle permet de nommer une personne « irréprochable » tendant à rendre la magistrature irréprochable puisque ce critère est capital et prévaut sur la compétence juridique. Le magistrat légitime est avant tout un magistrat doté d'une bonne moralité.

C'est ainsi que ce critère de compétence morale joue à plein dans un système de l'influence du pouvoir politique. La moralité servira de tremplin ou non à une potentielle carrière dans la magistrature. La personne pressentie à la nomination sera accompagnée d'une recommandation, d'une réputation qui sera déterminante. Ainsi, « on voit dire que tel ou tel candidat qu'il est « moral ou très moral, ou recommandable par la probité la plus sévère, [...] honnête homme, ou bien on propose d'écarter la candidature d'untel, convaincu de diverses exactions sur les justiciables et de professer des opinions peu dignes d'un fonctionnaire républicain »⁸¹⁷. La compétence morale joue donc un rôle central puisqu'elle pourra soit permettre une carrière dans la magistrature soit l'empêcher de manière quasi absolue. Le pouvoir décidera le recrutement par ce biais de la compétence morale des futurs magistrats et la disposition sur « l'attachement à l'ordre des choses actuelles »⁸¹⁸ de la circulaire d'Abrial prend un sens tout particulier. En effet, l'attachement à l'ordre des choses actuelles renvoie nécessairement au pouvoir en place, le comportement du candidat vis-à-vis du pouvoir politique sera déterminant. L'allégeance ou l'hostilité du magistrat au régime politique sera un critère de choix à l'aune d'une compétence morale qui sera fluctuante sur ce point au gré des changements des régimes politiques.

À la lumière de nos développements précédents, la compétence morale semble être tout à fait logique. Elle est en elle-même importante comme démontrée mais devient fondamentale par comparaison. En effet, au titre des compétences deux sont exigées pour le magistrat ; une juridique et une morale. Toutes deux sont mises en parallèle par le pouvoir politique, à valeur égale. Cependant, elles sont diamétralement opposées quant à leur nature.

La compétence juridique est objective tandis que la compétence morale est subjective. Cette différence change absolument tout, l'une est une gêne potentielle, l'autre est l'appui majeur, le

⁸¹⁷ J-P. ROYER, *op. cit.*, p. 257.

⁸¹⁸ *Ibid.*

premier élément sur lequel se fonde l'influence et donc la dépendance. L'une est figée, l'autre est malléable à souhait.

La licence de droit exigée au titre de la compétence juridique aura toujours la même valeur, la même définition s'imposant aux différents pouvoirs politiques. C'est une compétence objective ; le futur magistrat dispose ou ne dispose pas de licence. Il n'y a aucune autre considération à prendre en compte. En revanche, la compétence morale repose sur des notions telles que la conduite, la lumière, la probité, la considération. Il est pour le moins délicat de dire avec certitude si untel dispose de la probité ou non. Du moins, ceci est plus compliqué à déceler que la licence pour la simple raison que la licence en droit est une notion objective. La probité est une notion subjective ; changeant selon celui qui l'examine. Est-il aisé de définir la bonne moralité ? Assurément non et c'est bien pour cela que la compétence morale est centrale.

La compétence morale est la première pierre au système de l'influence. La morale est une compétence malléable changeante au gré des pouvoirs ; le pouvoir recherche la compétence et l'entend comme il veut. Les termes de la circulaire d'Abrial sont tellement vagues que les lumières, probité, bonne vie, bonne mœurs peuvent s'entendre plus ou moins strictement sans que cela ne soit bloquant pour le pouvoir. La compétence morale est parfaite pour un système cherchant à mettre en place une dépendance. Elle permet au pouvoir politique de choisir qui il souhaite par le biais d'une compétence vague.

De ce fait, la subjectivité intrinsèque de la compétence morale sert les intérêts du pouvoir politique dans sa quête d'une magistrature docile. Cette dépendance commence par choisir les magistrats sans aucune contrainte. La bonne moralité n'en n'apporte aucune réellement. Face à cette compétence morale, on comprend aisément le sort réservé à la compétence juridique. Entre une compétence objective restreignant la marge de manœuvre du pouvoir politique et une compétence subjective suffisamment extensive pour être interprétée souplesment, le choix est simple.

Comme la Roche Flavin l'entendait, la compétence morale du magistrat est importante pour la connaissance approfondie de la personne appelée à remplir des fonctions judiciaires pour maintenir la légitimité du corps. Un magistrat légitime est avant tout un magistrat irréprochable dans la sphère publique, professionnelle mais également privée. La Circulaire d'Abrial l'a dévoyée en la faisant passer d'un garde-fou protecteur pour la magistrature à un laisser passer octroyé sur commande par le pouvoir.

Déjà appréciée discrétionnairement, la compétence morale est en elle-même quelque chose de discrétionnaire. À l'inverse d'une compétence juridique que tout un chacun peut tenter d'acquérir, la compétence morale renferme ce que l'on est. Cette compétence se forge essentiellement au sein de l'éducation familiale du futur magistrat⁸¹⁹, cocon idéal de la reproduction sociale du corps de la magistrature.

Paragraphe 2 : Les critères attendus du magistrat sous emprise de l'arbitraire.

La mise en avant d'une compétence malléable au détriment d'une compétence potentiellement bloquante n'est pas suffisante pour créer une dépendance. Elle doit être complétée par une exigence textuelle très limitée (I) à laquelle s'ajoute une exigence discrétionnaire importante sur le reste (II). La combinaison de ces deux aspects permet de laisser le champ libre au pouvoir politique dans le choix des personnes qui intégreront la magistrature en imposant textuellement que l'âge minimum du magistrat. La magistrature uniforme est donc possible grâce à un choix quasi exclusivement discrétionnaire, ce qui peut paraître de prime abord antinomique. Cette magistrature uniforme est l'apanage du XIX^{ème} siècle.

I : Une exigence textuelle limitée à l'âge seul

Dans le cadre de la recherche du magistrat, il est nécessaire de s'intéresser aux critères guidant ce choix. La première et l'unique de ces qualités qui est exigée textuellement est celle de l'âge.

L'âge en tant que qualité pour le magistrat est une notion héritée de l'Ancien Régime⁸²⁰ et qui ne fait que perdurer au-delà du bouleversement révolutionnaire. La première grande loi relative à la magistrature et à l'organisation judiciaire est celle des 16 et 24 août 1790⁸²¹. Elle impose un âge minimum pour être magistrat, agissant comme une qualité indissociable de la fonction.

En son article 9 du titre 2 « des juges en général », elle impose que « nul ne pourra être élu juge ou suppléant, ou chargé des fonctions du ministère public, s'il n'est âgé de trente ans

⁸¹⁹ J-C. FARCY, *Magistrats en majesté, les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^e-XX^e siècles)*, Centre d'histoire de la France contemporaine, Université Paris X Nanterre, 1996, p. 136.

⁸²⁰ « François 1^{er} en 1546 et Henri II en 1547 avaient ordonné que les présidents des parlements et des Chambres des Enquêtes eussent au moins trente ans. Henri IV alla encore plus loin et exigea l'âge de quarante ans », in. M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, Paris, T. 1, 1957, Plon, p. 234.

⁸²¹ Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790, Collection générale des lois, décrets, arrêtés, Paris, 1817, T. 1er, p. 434 et s.

accomplis »⁸²². L'âge apparaît, dès lors, comme une condition sine qua none pour exercer la fonction de magistrat tout comme elle l'était sous l'empire de l'Ancien Régime.

Les lois postérieures à celles du 16 et 24 août 1790 conserveront cette même exigence stricte de l'âge minimum du magistrat. Les lois du Consulat et de l'Empire sur l'organisation judiciaire fixeront, à leur tour, l'âge minimum pour prétendre à exercer une fonction de magistrat. La loi du 27 ventôse an VIII⁸²³ reprendra, en son article 4, que « nul ne pourra être juge, suppléant, commissaire du Gouvernement près les tribunaux, substitut ni greffier, s'il n'est âgé de trente ans accomplis »⁸²⁴.

La grande loi impériale sur l'organisation judiciaire de 1810⁸²⁵ en ses articles 64 et 65⁸²⁶ viendra imposer un âge minimum pour chaque fonction de magistrat. Pour les juges de premières instances ou les procureurs impériaux, l'âge minimum est de 25 ans révolus. L'âge minimum de 27 ans est requis pour les présidents de Cour, les juges et greffiers dans une cour impériale⁸²⁷. Cette loi impériale aura vocation à perdurer tout au long du XIX^e siècle. Au-delà d'une énumération fastidieuse, l'exigence de l'âge perdurant bien après la Révolution de 1789 démontre l'absolu nécessité d'avoir un seuil minimal d'âge pour prétendre à une fonction de magistrat. L'âge tel que fixé par la loi de 1810 ne sera pas modifié tout au long du XIX^e siècle⁸²⁸

À travers ces lois successives ; si l'âge est la seule exigence textuelle, c'est bien qu'il revêt une importance capitale. Cette importance est décelée par la Roche Flavin estimant que « la prudence et la sagesse sont l'apanage de l'âge mûr à cause de l'expérience que donnent les années au fur et à mesure qu'elles se déroulent »⁸²⁹.

On peut en déduire qu'au-delà de l'âge comme le nombre d'années d'un magistrat, il est considéré comme un gage de sagesse à travers cette exigence unique, d'un point de vue textuel. La préoccupation majeure du législateur post révolutionnaire et du XIX^e siècle est la recherche de la sagesse de la personne aspirant à la Magistrature via l'exigence de l'âge. Etant donné que l'âge minimum requis est plus élevé pour aspirer à être procureur auprès d'une cour

⁸²² Titre 2, article 9, loi des 16-24 août 1790, *ibid.*

⁸²³ Loi sur l'organisation des tribunaux, 18 mars 1800, *Duvergier*, T. 12, p. 151 et s.

⁸²⁴ Article 4, Titre 1er « Dispositions générales », loi du 18 mars 1800, *ibid.*

⁸²⁵ Loi du 20 avril 1810, Coll. Complète des lois, décrets, T. 12, 1^{er} semestre, 1810, p. 291 et s.

⁸²⁶ *Ibid.*, p. 305.

⁸²⁷ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 235.

⁸²⁸ S. HAKKI ELDEM, *Le statut des magistrats. Recrutement*, thèse de doctorat, Droit, Paris, F. Loviton, 1940, p. 102.

⁸²⁹ M. ROUSSELET, *ibid.*, p. 231.

d'appel que simple juge suppléant dans un tribunal de première instance, on peut légitimement supposer la nécessité d'une plus grande sagesse pour un procureur auprès d'une cour impériale que d'un tribunal de première instance.

L'âge du magistrat, qui de prime abord, ne relève pas d'un intérêt capital, se révèle plus décisif qu'il n'y paraît et sa seule présence au sein de la refonte du système judiciaire, à travers les grandes lois du XIX^{ème} siècle n'en sont qu'une preuve encore plus importante. L'exigence textuelle unique de l'âge est donc, in fine, la première qualité attendue d'un futur magistrat. Il est concevable de penser que si cette qualité est conservée par les régimes postérieurs à la Révolution et qu'elle est la seule à avoir le privilège de figurer au sein d'un texte législatif, c'est bien qu'elle revêt un aspect majeur au sein de la nouvelle magistrature.

La première qualité sur le choix d'une personne aspirant à des fonctions judiciaires est donc la sagesse, la prudence et l'expérience. Une exigence textuelle secondaire est également prévue. Ainsi, un magistrat légitime est un magistrat sage. Cette conception, comme vu précédemment, est ancienne et perdure encore jusqu'au XIX^{ème} siècle à travers les grandes lois sur l'organisation judiciaire.

Au-delà de la seule exigence textuelle législative de l'âge, une circulaire de 1809 exige « des candidats aux fonctions de la Magistrature une suffisante aptitude physique »⁸³⁰. À travers cette notion large d'aptitude physique, on retrouve une multitude de problématiques assez diverses. En effet, Rousselet évoque le cas de la cécité et de la surdité des magistrats⁸³¹. Sans faire une litanie des infirmités des magistrats au XIX^{ème} siècle, l'intérêt de cette qualité physique exigée par circulaire est son ineffectivité relative. Les exemples de magistrats sourds et aveugles démontrent que malgré ces handicaps, ces derniers peuvent toujours être magistrats.

On remarque ainsi, que cette question de la condition physique est bien secondaire. L'unique et véritable exigence textuelle concernant une qualité personnelle du magistrat reste l'âge. Cependant, on peut légitimement penser qu'un magistrat ne peut se recruter sur cette seule qualité de l'âge. Certes, l'exigence de l'âge comme étendard d'un magistrat sage et prudent est louable, mais cela ne reste que la partie émergée des qualités attendues sous le XIX^{ème} siècle.

L'âge uniquement ne peut suffire comme qualité pour choisir un magistrat, la sélection doit se faire selon d'autres critères. Suivant le modèle poursuivi pour les compétences, le pouvoir

⁸³⁰ Circulaire du 2 mars 1809, *op. cit.*, p. 217.

⁸³¹ *Ibid.*

politique limite au maximum les qualités objectives, comme l'âge, pour approfondir les qualités subjectives.

On peut donc concevoir que les autres qualités exigées, qui ne sont pas textuelles, sont donc discrétionnaires. C'est bien à travers ces exigences discrétionnaires que le pouvoir peut choisir un corps uniforme pour mieux le contrôler. L'exigence textuelle familiale s'explique alors, car peu adaptée à un système se voulant discrétionnaire.

II : Un large flou discrétionnaire décisif

Au-delà de la question de l'âge, le pouvoir politique va donc se baser sur d'autres critères nettement plus déterminants pour choisir, avec soin, les futurs magistrats qui composeront la Magistrature car l'âge seul ne suffit pas à construire une magistrature. Sous le XIX^{ème} siècle, les qualités exigées pour le magistrat se fondent sur deux piliers que sont la fortune et la famille. Ces deux aspects seront les vecteurs essentiels de formation de la magistrature.

L'utilisation par le pouvoir politique de ces deux aspects n'est pas anodine. Il y a une recherche nécessaire de stabilité de la magistrature via son uniformité. Elle n'est possible que par une intervention arbitraire à l'aune de critères subjectifs. La magistrature est façonnée selon des critères permettant l'uniformité ; et ne pas laisser prospérer l'aléatoire par un ou des critères objectifs. La fortune et la famille, comme qualité subjective, du magistrat réduisent au maximum le hasard dans la formation de la magistrature.

La loi du 4 août 1789 et le décret du 11 août 1789⁸³² suppriment les justices seigneuriales, la vénalité des offices de judicature et impose la gratuité de la justice. Il est clairement établi que la question de l'office du magistrat ne doit plus être soumise à une appropriation pécuniaire, de supprimer tout rapport d'argent entre la justice et le magistrat.

Cependant, sous le XIX^{ème} siècle, il est exigé du magistrat d'avoir une fortune personnelle pour entrer en fonction. Il y a une persistance de la nécessité de fortune malgré l'abolition de la patrimonialité des offices. « La vénalité des offices étant abolie, on aurait pu penser que point n'était besoin d'être riche pour être magistrat. Il n'en fut rien »⁸³³. Parallèlement à cette volonté

⁸³² Décret du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges. In: Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787- 1799) T. VIII - Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1875, p. 397 – 398.

⁸³³ M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 226.

farouche de bannir toute appropriation pécuniaire de la fonction de magistrat, il subsiste continuellement cette recherche par le pouvoir d'un magistrat fortuné⁸³⁴. Il y a une continuation indirecte de la vénalité dans son aspect stabilisateur de la magistrature. On y recherche les mêmes éléments structurants ; la fortune et la famille.

Concernant la fortune, la première raison invoquée pour l'exiger du magistrat est celle du manque de rétribution de la fonction⁸³⁵.

Cet argument pose le postulat selon lequel puisque la situation matérielle de la magistrature est déplorable, il est nécessaire de posséder une fortune personnelle pour devenir magistrat. Etant donné que la rétribution est faible et donc entraînant, de facto, une attractivité moindre pour les fonctions de magistrats, l'exigence de fortune personnelle peut se justifier à cet égard. Cependant, derrière cette exigence toute pragmatique au premier abord, il semble se dessiner une exigence sous-jacente plus à même de comprendre cette exigence de fortune malgré l'abolition de la vénalité des offices.

Dans l'optique d'une magistrature uniforme, dans une logique de soumission de cette dernière, l'argument pragmatique n'est que peu satisfaisant. La modicité du traitement est une question qui ne se pose pas sur sa cause mais sur ses conséquences ; là où elle peut agir pour entretenir la dépendance.

En effet, cette exigence discrétionnaire procède d'une logique tout autre. Cette exigence permet, une nouvelle fois, de garantir une magistrature uniforme où chaque magistrat possède des qualités semblables. Cette qualité de fortune est le prolongement et l'assise de l'émergence d'une aristocratie de la Magistrature au XIX^{ème} siècle. La fortune permet d' « assurer l'homogénéité sociale du groupe »⁸³⁶, et donc d'assurer une magistrature uniforme à travers le critère discriminant de la fortune personnelle. Cette exigence fut au centre de la magistrature et du recrutement des magistrats tout au long du XIX^{ème} siècle⁸³⁷ et conditionnera nécessairement la légitimité de cette dernière.

Le magistrat se posait en défenseur du droit de la propriété individuelle⁸³⁸ et donc pour le défendre au mieux il est nécessaire qu'il soit lui-même propriétaire et donc fortuné. Cette idée

⁸³⁴ J-P. ROYER, *La société judiciaire depuis le XVII^{ème}*, op. cit., p. 280.

⁸³⁵ Cette question de la faiblesse de la rétribution qui prend sa source dans l'exigence de la fortune est développée dans la section 2 dans l'absence de considération du magistrat.

⁸³⁶ J-P. ROYER, op. cit., p. 281.

⁸³⁷ *Ibid.* « dès l'an VIII, s'est développé l'idée thème [...] du magistrat fortuné ».

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 281.

de fortune comme mode de légitimation du magistrat se retrouve à travers une citation de Thiers estimant qu'« on ne peut pas donner à la propriété de meilleurs défenseurs que la propriété elle-même »⁸³⁹. Ainsi, la fortune devient non seulement une condition, une exigence pour être magistrat mais surtout une qualité pour la fonction. Au même titre que l'âge comme condition et qualité de sagesse, la fortune procède de la même logique qui donne une légitimité au magistrat à travers cette qualité. L'exigence discrétionnaire de la fortune permet également de s'assurer de recruter les futurs magistrats dans les strates les plus élevées de la société française.

Le recrutement des conseillers auditeurs sous l'Empire portait le sceau de cette logique. Il était exigé un revenu de 3000 F⁸⁴⁰ pour simplement candidater à la fonction. Concernant, les juges suppléants de l'Empire à 1910 n'étaient pas rémunérés et ce potentiellement pendant de longues années⁸⁴¹. Ces conditions relativement restrictives à l'aune de l'exigence de fortune permettent bien de relever que cette dernière est importante d'un point de vue pragmatique mais surtout, sur sa conséquence. Cela permet de s'assurer un recrutement parmi la bourgeoisie, les gens fortunés pour créer une aristocratie de la magistrature.

Cette exigence de fortune permet le retour bien mal dissimulé de ce mécanisme de l'Ancien Régime. Malgré cette suppression, la cause et la conséquence de la vénalité subsiste toujours. La vénalité des offices est le mécanisme selon lequel une personne acquiert du Roi la fonction de magistrat, comme un droit patrimonial, pour pouvoir exercer cette fonction. Bien que la patrimonialité soit supprimée et que la fonction n'est plus personnellement appropriable, il subsiste, tout de même au cours du XIX^{ème} siècle, une patrimonialité indirecte des offices de judicature.

En effet, il est exigé de posséder une fortune personnelle pour prétendre à une fonction de magistrat, ce qui a pour conséquence de n'avoir que des personnes disposant d'un patrimoine important comme magistrat. Cela démontre à la fois la mise en place d'une aristocratie nouvelle au sein de la Magistrature mais la continuité d'une vénalité des offices. Cette exigence de fortune légitimant le magistrat par un argument pragmatique et un argument de logique d'uniformisation de la Magistrature ne peut être parfaite. En effet, cette exigence de fortune « a

⁸³⁹ Chambre des députés, 20 décembre 1831, *Moniteur*, 31 déc. 1831.

⁸⁴⁰ Art. 2, Décret du 16 mars 1808 portant création d'un corpus de juges auditeurs près de chaque cour d'appel, in J-C- M.G. DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Aix, Imprimerie de F.VITALIS, 1853, p. 42.

⁸⁴¹ Loi du 8 avril 1910 portant sur le budget, Art. 98, JORF du 10 avril 1910, n°98, p. 3167.

longtemps écarté les hommes intelligents, mais pauvres »⁸⁴². La fortune est un facteur plus décisif que la compétence juridique.

La question de la fortune est tellement ancrée dans la magistrature qu'elle est utilisée pour pallier les difficultés inhérentes à la perte de sa fonction de magistrat. La fortune est envisagée comme une protection du magistrat lors des épurations; s'il perd sa fonction et ses traitements, cela ne sera pas un « drame »⁸⁴³ d'un point de vue matériel. Partant de ce postulat, la fortune est la garantie du magistrat pour entrer dans la magistrature mais également le biais facilitateur pour en sortir. La fortune devient une condition sine qua non épiée par le pouvoir politique aux travers des dossiers des magistrats⁸⁴⁴. Elle est un remède aux maux entretenus par le pouvoir politique quant à la faiblesse des traitements engendrant l'influence par l'avancement. Les moins fortunés cherchent l'avancement⁸⁴⁵. La question de la fortune est totalement intégrée à la magistrature jusqu'à justement ne plus devenir source de questionnement. Le magistrat fortuné devient la normalité.

Au-delà de la seule fortune, l'autre socle sur lequel souhaite s'appuyer le pouvoir politique est la famille ; mais pas n'importe lesquelles.

La question de l'origine sociale du magistrat est un problème qui se posa sous l'Ancien Régime et perdura même après la Révolution Française. En effet, La Roche Flavin estima que la question se posait pour l'intégration « de personnes de très vile et abjecte condition, comme fils de Sergents, Bouchers, Maréchaux, Cordonniers, voire des Savatiers et Ravaudeurs »⁸⁴⁶. L'origine sociale du magistrat est traitée concomitamment avec les prêtres⁸⁴⁷ et les hérétiques⁸⁴⁸, eux considérés comme indignes d'intégrer la magistrature. À défaut, la question se pose pour l'intégration de magistrat d'origine « abjecte ».

Le premier constat de cette persistance est qu'elle peut décemment n'être qu'arbitraire, ne pouvant pas être inscrite dans les textes législatifs. Il y a un rejet patent des classes laborieuses

⁸⁴² M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 226.

⁸⁴³ R. MARTINAGE, « L'épuration sous les régimes monarchiques », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, Association française pour l'histoire de la justice, Paris, 4-5 décembre 1992; Histoire de la Justice, année 1993, n° 6, p. 49.

⁸⁴⁴ J.-P. ROYER, *La société judiciaire depuis le XVIIIème siècle*, PUF, 1979, Paris, p. 283.

⁸⁴⁵ M. DEHESDIN, *Étude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1908, p. 135.

⁸⁴⁶ B. de LA ROCHE FLAVIN, *Treize livres des parlements de France*, Bordeaux, Millanges, 1617, Livre XI, Chap. XI, p. 348.

⁸⁴⁷ « Les prêtres et personnes ecclésiastiques ne doivent pas intégrer la magistrature », Chap. XII, *ibid.*

⁸⁴⁸ « Les hérétiques aussi sont indignes et incapables de tous offices de judicature », Chap. XIII, *ibid.*

qui favorisent, de facto, les classes supérieures de la société Française du XIX^{ème} siècle pour occuper des fonctions au sein de la magistrature.

En exigeant la fortune avant tout autre chose, le pouvoir politique écarte mécaniquement les magistrats les plus vils pour reprendre l'expression de La Roche Flavin.

Le recrutement des futurs magistrats se fait au sein d'une même classe sociale pour intégrer le corps social de la Magistrature. Le corps de la magistrature manie parfaitement l'art de la cooptation de ses membres pour justement les choisir au mieux. Rousselet estime que les magistrats choisissent « d'exclure ceux qui ne leur paraissent pas dignes d'entrer dans le corps »⁸⁴⁹. Cet aspect du choix du magistrat est primordial pour garantir la stabilité du corps de la magistrature. Pour réussir cette transition entre l'Ancien Régime et la magistrature moderne, il est nécessaire de choisir les personnes les plus à même d'apporter une légitimité au corps.

L'échec provoqué de l'élection comme mécanisme novateur et efficace pour construire une magistrature, il ne reste qu'à réutiliser les mêmes mécanismes qui ont permis de stabiliser la magistrature d'Ancien Régime. C'est ainsi que la fortune et la famille sont les deux socles voulus par le pouvoir politique n'ayant pas d'autres choix. Ils n'ont pas d'autres outils pour remplir leur objectif.

Pour garantir la légitimité d'un corps nouveau et, donc, fragile, le recrutement des futurs magistrats se fera auprès des personnes capables de former un corps social stable et uniforme. Monsieur Jean Pierre Royer considère que l'enjeu majeur de la nomination des nouveaux magistrats est « la reconstitution d'un corps judiciaire comparable à ce qu'il était avant la chute de la monarchie »⁸⁵⁰. Le pouvoir politique souhaite faire renaître les parlements en sa seule forme, magistrature à l'apparence des parlements mais privés de leur force, sous contrôle.

La mise sous contrôle de la magistrature nécessite d'abord sa stabilisation. Il est impossible de mettre sous dépendance un corps sans cesse en mouvement, chaotique. Au sortir de l'élection des magistrats, le pouvoir politique s'est astreint à garantir la stabilité de la magistrature sans pour autant créer un corps qui pourrait potentiellement lui échapper. Le magistrat choisi à travers une compétence morale supplantant la compétence juridique, d'un âge minimum pour exercer sa fonction, disposant d'une fortune minimum et issu de facto d'une bonne famille est

⁸⁴⁹ M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 220.

⁸⁵⁰ J-P. ROYER, *op. cit.*, p. 279.

la formule permettant à la magistrature de retrouver sa pérennité détruite volontairement à la Révolution.

Les qualités et compétences telles qu'énoncées par le pouvoir politique ne sont pas prises au hasard. À travers une subjectivité poussée au maximum, la magistrature a trouvé des fondations permettant sa stabilité. Cependant, cette stabilisation n'est qu'une étape et non pas une fin en soi. La stabilité de la magistrature n'est que le prérequis permettant son uniformisation et in fine sa domination. Cela conduit inexorablement à son affaiblissement.

Section 2 : L'aboutissement à une magistrature affaiblie

Le conglomérat formé par l'ensemble des compétences et qualités demandées pour devenir magistrat ne peut aboutir qu'à une seule chose, faire émerger une magistrature uniformisée (Paragraphe 1). Façonnée par l'arbitraire et rendue possible par les qualités et compétences subjectives, cette magistrature uniformisée ne peut aboutir, comme souhaitée, à une magistrature précarisée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: Une magistrature uniformisée

L'arbitraire le plus absolu facilité par des règles extrêmement souples, n'imposant aucune réelle contrainte permet de construire la magistrature à travers une nouvelle aristocratie par la bourgeoisie (I). Cette magistrature uniformisée ne développe pas d'esprit de corps lui permettant de lutter contre le pouvoir politique (II).

I: Une magistrature créée d'une seule strate de la société : la notabilité

L'examen effectué sur les conditions et qualités exigées pour entrer dans la magistrature amène nécessairement à s'intéresser à sa conséquence, de qui forme la magistrature par le biais de ces règles spécifiques.

La connaissance de la composition de la magistrature a été rendue possible par de minutieuses et précieuses études⁸⁵¹ des archives qu'il convient ici d'expliciter. En effet, grâce aux dossiers personnels des magistrats référencés BB6 II « cours et tribunaux » des archives nationales, ces études ont permis de relever, par exemple, l'origine sociale du magistrat permettant alors de dresser un profil sociologique de la magistrature.

De ces études⁸⁵², il ressort très clairement deux tendances majoritaires sur l'origine des magistrats sur tout le XIX^{ème} siècle. Sur l'ensemble des magistrats, quasiment la moitié a un parent exerçant une profession juridique⁸⁵³, un tiers provenait de la bourgeoisie économique⁸⁵⁴, le reste portant la dénomination « autres » (origines sociales)⁸⁵⁵.

Pour plus de précisions⁸⁵⁶ sur ce qui est appelé « autres » origines sociales ; on retrouve bien entendu des chiffres similaires sur le père issu d'une profession juridique (45,5 %) ou de la bourgeoisie économique (34,5 %). Concernant les 20% manquants, les magistrats ont un père avec une catégorie socio-professionnelle (CSP) de fonctionnaires ou d'officiers (14,9%), de professions libérales et intellectuelles (3,5%) et d'une classe populaire, d'artisans (1,6%). Il ressort de ces 20% une part majoritaire pour une origine sociale assez élevée rejetant l'origine sociale la plus faible des classes populaires.

On peut y voir une continuité de la tendance sur la bourgeoisie économique ; plus on s'en éloigne plus l'origine sociale du magistrat est faible par rapport à cette dernière.

Si les membres de la magistrature proviennent en majorité de famille de magistrat et de la bourgeoisie économique, c'est avant tout rendu possible par le pouvoir lui-même et les règles qui sont instaurées. Si un tiers des magistrats est issu de la bourgeoisie économique, ce n'est que parce que le pouvoir politique exige des magistrats candidats de disposer d'une fortune préalable.

⁸⁵¹ Notamment : A. SAUVAGEOT, « Enquête sur l'origine sociale des magistrats », *Le pouvoir judiciaire*, 147-148, janvier-février 1960 ; A-J TUDESQ, *Les grands notables en France (1840-1849)*, Paris, PUF, 1964, 2 T., 1227 p. ; J-P. ROYER, R. MARTINAGE, P. LECOCQ, *Juges et notables au XIX^{ème} siècle*, Paris, PUF, 1982, 399 p. ; C. CHARLE., « État et magistrats [Les origines d'une crise prolongée] ». In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol.96-97, mars 1993. Esprits d'État, p. 39 – 48.

⁸⁵² Tableau récapitulatif que l'on retrouve dans l'article de C.CHARLE., « État et magistrats [Les origines d'une crise prolongée] ». In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol.96-97, mars 1993. Esprits d'État, p. 40 qui compile les chiffres émanant des autres sources ci-dessus évoquées pour dresser un panorama de l'origine des magistrats et de son évolution allant de la Monarchie de juillet à 1900.

⁸⁵³ Sur la période Monarchie de juillet – 1880 : 50,8% Monarchie de juillet, 45% 1850-1880.

⁸⁵⁴ Sur la période Monarchie de juillet – 1880 : 27,7% Monarchie de juillet, 33,5% 1850-1880.

⁸⁵⁵ Sur la période Monarchie de juillet – 1880 : 21,4% Monarchie de juillet, 21,5 1850-1880.

⁸⁵⁶ C. CHARLE., « Pour une histoire sociale des professions juridiques à l'époque contemporaine [Note pour une recherche] ».In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 76-77, mars 1989. Droit et expertise, p. 118.

Dès lors, il n'est pas étonnant d'observer l'émergence de la bourgeoisie dans la magistrature. La moitié des magistrats provenant d'une famille exerçant une profession juridique s'explique par le fait que le pouvoir politique conçoit le recrutement d'une manière particulière. En effet, les recommandations, moyen du recrutement fondé sur des critères arbitraires, font la part belle à l'atavisme et au népotisme. Ainsi, le pouvoir politique a une grande propension à recruter des fils de magistrats.

Au-delà de ces données brutes, ces deux grandes tendances trouvent parfaitement leur explication. Elles ne sont pas spontanées ou dû au hasard. Elles sont souhaitées par le pouvoir politique qui appuie sur ces deux axes pour la création et le maintien de la magistrature. Il serait néanmoins intéressant de s'intéresser sur les implications de ces deux tendances sur l'origine sociologique des magistrats du XIX^{ème} siècle sur la magistrature.

Le népotisme appliqué à la magistrature implique nécessairement la création de grandes familles de magistrats ; aux noms plus ou moins évocateurs tels que les familles Daguesseau, Séguier ou Portalis⁸⁵⁷. Cette émergence de grandes familles de magistrats est le symptôme de quelque chose de plus large touchant la magistrature. S'il existe quelques familles au nom célèbre ou devenu célèbre au sein de la magistrature, c'est que ce rapport à la famille est prégnant et n'est que l'expression du népotisme souhaité par le pouvoir. L'existence de telles familles n'est qu'une résultante et n'est pas spontanée.

Pareil constat peut être dressé sur la seconde tendance qu'est la bourgeoisie économique. L'accent mis sur la bourgeoisie comme ressort essentiel de la magistrature, à l'instar des grandes familles, est voulu à dessein. En effet, le pouvoir politique ne souhaite pas s'appuyer sur n'importe qui et choisit en conscience une frange particulière de la société française pour intégrer la magistrature. Pour Gérard Masson⁸⁵⁸, cet aspect de la magistrature concentré sur la bourgeoisie est au cœur de la relation entre cette dernière et le pouvoir politique. Il estime que la période allant de la Révolution à 1870, n'est rien d'autre que l'expression du choix de la bourgeoisie au détriment de l'indépendance des juges. L'ambiguïté originelle posée sur la nomination et le rôle du pouvoir par la Constituante entraîna, en réponse, la nomination par recommandation voulue par Napoléon. L'influence souhaitée par le pouvoir se posera alors sur la bourgeoisie en tant que réceptacle privilégié de cette dernière, qui sera à son tour réceptif.

⁸⁵⁷ M. ROUSSELET, *Histoire de la justice des origines à nos jours*, T.1, p. 259 et s.

⁸⁵⁸ G. MASSON, *Les juges et le pouvoir*, Paris, A. Moreau, Syros, 1977, 496 p. Sur la période 1789-1870 ; p. 23 – 59.

Les magistrats font partie intégrante de ce qui est appelé bourgeoisie de robe dès le XIX^{ème} siècle⁸⁵⁹ avec les médecins, notaires, avocats, professeurs agrégés.

Les grandes familles de magistrats et de la bourgeoisie de robe émergeant emportent forcément diverses conséquences sur la magistrature. Le magistrat coloré par un mélange de grandes familles teintées de bourgeoisie économique aboutit à le transformer en notable. La notion de notabilité, amenée à être la classe dominante, est au cœur de la magistrature à partir du XIX^{ème} siècle⁸⁶⁰, qui embrasse les deux origines sociales majoritaires imprégnant la magistrature. Tudesq a élaboré une véritable conceptualisation du notable⁸⁶¹. Le notable dispose de trois dimensions ; familiale, économique et socio-politique. Les deux premières fondent son pouvoir et la troisième le lieu d'exercice de ce pouvoir. Cette définition s'applique au magistrat du XIX^{ème} ; issu d'une grande famille, de la bourgeoisie où il exerce au sein de la magistrature. De plus le notable joue le rôle de médiateur, interface entre le pouvoir politique central et la communauté locale⁸⁶², bercé par l'influence du pouvoir politique auquel il a succombé lors de sa nomination.

Cette résurgence d'une magistrature tenue par une seule classe dominante, qui de plus fait la part belle à l'aspect familial et de transmission, n'est pas sans rappeler la vénalité des offices abolie par la Constituante. On retrouve ici la même idée d'une fonction octroyée par le pouvoir à une famille, non pas contre une somme d'argent, mais contre son indépendance. Dès lors, la notabilité comme principe gouvernant la magistrature entraîne cette vénalité remodelée ; une confiscation des offices par une classe sociale déterminée.

Cette notabilité est verrouillée par le pouvoir, qui par son recrutement, s'assure de cette notabilité au sein de la magistrature au niveau national à travers des mutations et des postes plus élevés. Les magistrats restant à un niveau local y sont moins soumis⁸⁶³. La noblesse de robe, la notabilité du XIX^{ème} siècle se nourrit par l'exercice de hautes fonctions, par la

⁸⁵⁹ C. CHARLE, « La bourgeoisie de robe en France au XIX^e siècle », *Le Mouvement social*, n° 181, octobre-décembre 1997, p. 53 – 72.

⁸⁶⁰ A ce sujet, V. A-J. TUDESQ, *Les grands notables en France (1840-1849). Etude historique d'une psychologie sociale*. Paris, Presses universitaires de France, 1964 : ouvrage de référence s'intéressant de manière globale aux notables du milieu du XIX^{ème} siècle. J.P ROYER, R. MARTINAGE, P. LECOCQ, *Juges et notables au XIX^{ème} siècle*, Paris, PUF, 1982, 399 p. : ouvrage s'intéressant de manière spécifique au magistrat notable.

⁸⁶¹ A-J. TUDESQ. *Le concept de notable et les différentes dimensions de l'étude des notables*, in Cahiers de la Méditerranée, n°46-47, 1, 1993. Bourgeoisies et notables en Méditerranée (XVIII^e-XX^e siècles) [Actes du colloque de mai 1992 à Grasse.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 7.

⁸⁶³ C. CHARLE., « État et magistrats [Les origines d'une crise prolongée] ». In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol.96-97, mars 1993. Esprits d'État, p. 42.

recherche d'une carrière⁸⁶⁴. Si le magistrat resté à un niveau local sans demander de mutations ou de promotions au pouvoir peut être un notable ; celui qui en revanche en a usé et abusé l'est sans aucun doute.

Cette bourgeoisie basculant en une aristocratie d'un nouveau genre ne peut tendre qu'à créer une caste nouvelle pour la magistrature, une notabilité particulière affectée à la magistrature. Elle seule est admise à entrer et demeurer pour exercer les fonctions de magistrats et à composer la magistrature. Cet essor et ancrage de la notabilité dans la magistrature avec la bénédiction du pouvoir politique renferme en son sein un avantage déterminant pour la magistrature. En effet, ce système de nomination gouvernée par l'influence entraînant cette notabilité répond à un besoin faisant suite à l'anéantissement de la magistrature d'Ancien régime et l'échec de l'élection.

La magistrature a un besoin de stabilité pour qu'elle ait une chance de perdurer dans le temps. Pour y parvenir, le pouvoir politique prend le parti d'instaurer une notabilité pour permettre une reproduction de la magistrature à travers elle, pour lui donner corps. Cette reproduction de la magistrature fonctionne par un mécanisme d'autoreproduction connu et expérimenté⁸⁶⁵.

Ce système appliqué à la magistrature et rendue possible par cette noblesse, estimée comme vitale pour la transmission et la pérennisation de la magistrature⁸⁶⁶. Cette pratique est appliquée à la magistrature « qui par une forte tendance permet de contribuer à la cohésion du corps ; transmettre leur charge à un successeur, souvent un fils »⁸⁶⁷, une reproduction à base familiale comme facteur essentiel de l'intégration de ce corps⁸⁶⁸. La magistrature se reproduit donc par endogamie grâce à la noblesse installée. Cette autoreproduction du corps de la magistrature se retrouve des applications concrètes sur des échelles plus petites⁸⁶⁹. Ce mode de continuation de

⁸⁶⁴ A. DAUMARD. « Noblesse et aristocratie en France au XIXe siècle ». In: *Les noblesses européennes au XIXe siècle*. Actes du colloque de Rome, 21-23 novembre 1985. Rome : École Française de Rome, 1988, p. 100 (Publications de l'École française de Rome, 107).

⁸⁶⁵ V. à ce sujet, P. BOURDIEU, la *Noblesse d'État*, Paris, Éditions de minuit, coll. «le Sens commun », 1989, 569 p.

⁸⁶⁶ « La prédisposition à l'hérédité professionnelle des magistrats s'explique moins par le népotisme que par le fait que le corps judiciaire a fondé son autonomie sur la spécificité d'un savoir-faire, d'un art, qui échappe à l'objectivation et auquel on s'initie de manière privilégiée par l'exemple familial » In : A. BANCAUD, *La haute magistrature française entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, Paris, L. G. D. J., 1993, p. 21.

⁸⁶⁷ J-P. MOUNIER, « Du corps judiciaire à la crise de la magistrature », in *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 64, septembre 1986. De quel droit ?, p. 22.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 20

⁸⁶⁹ V. BERNAUDEAU, « Les magistrats de la cour d'appel d'Angers : entre méritocratie et autoreproduction d'une compagnie judiciaire de province » (1848-1883), in *Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest*, T. 105, numéro 4, 1998, p. 81.

la magistrature demeure l'apanage et est révélateur « d'un recrutement des corps d'État très politisés »⁸⁷⁰.

Tout ce processus de notabilisation et de reproduction de la magistrature ne peut aboutir qu'à la création d'une bourgeoisie de robe, à qui est confiée la magistrature. Elle devient alors de facto une élite. Entre cette élite nouvelle et le pouvoir politique naît une concurrence, une zone de liaisons troubles⁸⁷¹. Cependant, en l'état, même si les magistrats appartiennent à une élite, ils n'ont pas encore les moyens de s'opposer au pouvoir. Ils sont une élite, certes, mais contrôlée.

Grace à des règles spécifiques, le pouvoir politique a réussi à créer une noblesse qu'elle impose au sein de la magistrature avec pour but de la faire tenir debout et de la perpétuer. Au sortir de la Révolution française et de l'échec de l'élection, parvenir à un tel résultat est une gageure. Un tel but si louable et indispensable est atteint, elle n'est pas sans appeler d'autres problématiques qui seront abordées par la suite.

Ce procédé de construction sociologique de la magistrature bâtie sur deux piliers fondateurs a permis à la magistrature de se construire durablement. Autrement dit, la noblesse de robe a permis la création d'un corps pour la magistrature, corps qui s'auto-reproduit pour perdurer. La création de cette noblesse est la poussée initiale du pouvoir politique pour créer un corps censé se mettre en mouvement perpétuel. Parler de corps amène rapidement à s'intéresser à son esprit.

Selon la citation apocryphe d'Aristote, « le tout est plus que la somme de ses parties ». Une telle citation appliquée ici reviendrait à partir du postulat que la magistrature serait ainsi plus que simplement l'addition des magistrats la composant. La chose qui manque alors ici pour obtenir ce tout est le lien qui unit l'ensemble de ses membres. La question de l'esprit de corps de la magistrature autour et englobant ses membres se pose nécessairement.

II: Un esprit de corps défaillant

L'esprit de corps peut se définir comme un esprit de solidarité qui anime tous les membres d'un même groupe professionnel. De manière plus large, cela dépasse le seul groupe professionnel

⁸⁷⁰ *Ibid.*

⁸⁷¹ C. CHARLE, « Légitimités en péril [Éléments pour une histoire comparée des élites et de l'État en France et en Europe occidentale (XIX^e-XX^e siècles)] », *Actes de la recherche en sciences sociales*, V. 116-117, mars 1997. Histoire de l'État, p. 51.

pour s'appliquer à différents groupes sociaux⁸⁷². En tirant les conclusions de nos développements précédents, la volonté du pouvoir politique est de transformer la magistrature en un corps, en tant que groupe social à part entière.

Partant de ce postulat, il est classiquement considéré que la magistrature est un corps dans lequel on peut retrouver un tel esprit devant animer l'ensemble de ses membres. De cette définition, il en ressort un terme incontournable qui est celui de solidarité. Si la magistrature dispose bien d'un esprit de corps, cet aspect de solidarité entre tous les magistrats doit être présent.

Puisqu'il appartient à ce corps, cet esprit devant l'animer doit donc être personnel à la magistrature, indépendant de tout autre esprit. La solidarité en elle-même n'a aucun intérêt si elle ne vise pas un plus grand objectif. Instinctivement, la solidarité amène à penser que les membres, en bénéficiant, doivent faire bloc ensemble contre quelque chose. Ainsi, la solidarité n'a de sens que si elle amène de la protection.

Sur ce qui nous intéresse, il semble que cet esprit de corps doit s'animer autour de la relation magistrature / pouvoir politique. La magistrature doit donc être solidaire face au pouvoir. Solidaire entre eux face au pouvoir politique et à la politique de manière globale, éloignée par nature des fonctions de magistrat.

Cela revient à se poser une question rituelle teintée de mysticisme ; « Esprit es-tu là ? », est-il possible que la magistrature face corps ensemble contre le politique ? L'esprit de corps suppose une unité ; une unité permettant à la magistrature d'être hermétique à la politique quand bien même elle en est issue. Même si le magistrat subit l'influence du pouvoir politique, il doit pouvoir s'en détacher pour former un esprit au sein de la magistrature.

Sans nul doute, pareille unité semble impossible à émerger dans le paradigme du XIX^{ème} siècle, d'une magistrature construite par et pour le pouvoir politique. Idéalement, la magistrature solidaire et unie est fracturée.

Premièrement, elle est fracturée de l'extérieur. En effet, le système mis en place par le pouvoir pour construire la magistrature empêche tout esprit de corps, ou à tout le moins espère freiner son développement et enracinement. La notabilité précédemment évoquée est traversée de part en part par le politique. Cet état de fait rend alors délicat l'instauration d'un esprit de solidarité entre les membres une fois nommés. Ils sont liés par l'influence subie du pouvoir politique.

⁸⁷² G. PALANTE, « L'esprit de corps : remarques sociologiques », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, n°48, Août 1899, p. 135 et s.

Même l'élection du juge, pensée comme nécessaire à son indépendance, fut instaurée pour casser l'esprit de corps des puissants Parlements d'Ancien Régime⁸⁷³. Il est refusé à la magistrature d'être un corps et pire, un corps avec un esprit considéré comme dangereux. La domination et la défiance du pouvoir rend alors difficile l'émergence d'un esprit de corps.

Ce qui le rend définitivement impossible pour émerger sont les fractures provenant de l'intérieur même de la magistrature, par les magistrats. Le rapport du magistrat au politique est source d'opposition au sein de la magistrature ; entre ceux qui rejettent le politique et ceux qui y prennent part⁸⁷⁴. Cette opposition naît forcément postérieurement à la nomination ; où la soumission même feinte est rendue nécessaire.

À travers son étude approfondie, Monsieur Jean Pierre Royer dresse les méthodes d'approbations ou de rejets de la politique et du pouvoir politique. La désapprobation prendra diverses formes ; par un courrier au garde des sceaux lors d'un changement de régime politique, des dénonciations, par voie de presse, des discours, des attitudes⁸⁷⁵.

De la même manière, l'approbation du magistrat au pouvoir politique passera également par des écrits ou attitudes⁸⁷⁶. L'expression parfaite d'approbation du magistrat est son intégration au pouvoir politique. Au cœur du XIX^{ème} siècle, va se développer le concept de magistrat-parlementaire⁸⁷⁷. Le magistrat fait ainsi une totale allégeance au pouvoir politique en s'y intégrant. En contrepartie, le pouvoir politique le nommera aux plus hautes fonctions. C'est le mariage entre le magistrat et le pouvoir politique ultime. Le magistrat devient le pouvoir politique.

Que le magistrat fasse montre d'hostilité ou d'allégeance à l'égard du pouvoir politique, il est primordial pour le pouvoir politique d'en garder une trace. À partir de 1850, un dossier individuel est instauré pour chaque magistrat⁸⁷⁸. L'objectif d'un tel dossier est assez clair car énoncé dès la première phrase de ses instructions. Elle commence ainsi par « rien n'est plus indispensable à un ministre de la Justice que de connaître à fond les titres, les services, les aptitudes de tous les magistrats dont il est le chef, et ce qui importe le plus aux bons magistrats

⁸⁷³ Y. BENHAMOU, « Réflexions sur le sentiment corporatiste dans la magistrature. Esquisse d'une approche sociologique et historique du corporatisme judiciaire », *Gazette du Palais*, 14-15 août 2002, p. 1249 – 1253.

⁸⁷⁴ Jean Pierre Royer évoque les notions de servitudes et d'incertitudes politiques ; J-P. ROYER, R. MARTINAGE, P. LECOQ, *Juges et notables au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1983, p. 251 et s.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 275 et s.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 251 et s.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 270-271 et s.

⁸⁷⁸ Instructions du 15 mai 1850 relatives aux dossiers individuels des magistrats, Recueil officiel des instructions du ministère de la justice, T. 2, p. 132.

dans leurs rapports avec la Chancellerie, c'est d'être exactement connus »⁸⁷⁹. Le pouvoir politique, ici incarné par le garde des sceaux, veut tout connaître des magistrats. Le bon magistrat est celui dont on connaît tout et qui convient en tout point au pouvoir. Au sein des renseignements demandés par le pouvoir, la ligne politique du magistrat prend bonne place.

En effet, elle apparaît en 4^{ème} position derrière le nom, les fonctions du magistrat et sa résidence⁸⁸⁰. Connaître le positionnement politique du magistrat est autant utile au régime le nommant, que les suivants, savoir s'il est ou non compatible avec lui. Cette information, au sein d'une magistrature sous totale influence politique, est primordiale.

Pour parvenir à une information complète et parfaite, il est exigé aux chefs de cour autant de zèle que de conscience et de fermeté pour recueillir des renseignements tout à fait confidentiels devant être retranscrits par une ferme et loyale franchise⁸⁸¹ ; allant même à se renseigner sur les alliances du magistrat et rechercher des « parentés gênantes pour le service »⁸⁸², gênantes politiquement à n'en pas douter vu l'importance accordée au népotisme et la reproduction du corps social en concordance avec le pouvoir politique.

L'entérinement de la ligne politique du magistrat, comme élément d'identification à l'instar de son nom ou de ses mariages, fracture la magistrature. Porter au pinacle la relation des magistrats au politique à travers le spectre d'une ligne fixée dans un dossier entraîne irrémédiablement des oppositions entre ceux qui s'opposent et ceux qui adhèrent au pouvoir politique. Le politique comme point de convergence des magistrats pour la nomination devient de suite après un point de divergence pour la magistrature. Le politique ne joue alors absolument pas un rôle d'unité, seulement de division.

De ce postulat, comment l'opposition à l'aune un tel critère posé comme crucial entre les magistrats peut permettre d'avoir un esprit commun ? Comment concilier un magistrat hostile au régime politique en place et un magistrat parlementaire au sein de ce régime ?

Pareille équation est impossible à résoudre. Cette division profonde porte sur l'élément unificateur de la magistrature ; sans la volonté du pouvoir politique et son influence, la magistrature n'existerait pas. Il y a une fracture portant sur le corps lui-même ; si le corps est lui-même fracturé, il est inconcevable de considérer qu'il possède un esprit. Considérant même

⁸⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 141

⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 140 – 141.

⁸⁸² *Ibid.*, p. 135.

que malgré un corps fracturé, la magistrature dispose d'un esprit de corps, il ne pourrait être que corrompu, ne reposant sur rien.

Si tant est que le politique est le créateur de la magistrature, il en est aussi le fossoyeur. L'influence politique permet de créer une magistrature stable mais empêche qu'elle prenne tout son sens, de former un tout cohérent et uni ; un sentiment de corporatisme, un esprit de corps.

Le choix du pouvoir politique d'imposer son influence sur tous les magistrats, comme fracture externe, entraîne en conséquence des fractures internes. Il est évident que la mise en place d'une domination de la magistrature empêche le développement libre et spontané d'un esprit de corps entre ses membres. La dépendance de la magistrature est totale et commence dès le recrutement qui s'applique sur tout le territoire⁸⁸³ empêche tout développement d'esprit de corps. Les changements incessants de régime s'apparentant à des convulsions ne sont que des humiliations pour la magistrature rendant impossible tout sentiment corporatiste⁸⁸⁴.

Une seconde hypothèse permet d'expliquer l'impossibilité pour la magistrature du XIX^e siècle de disposer d'un esprit de corps. Elle concerne la composition même de la magistrature. Elle est composée principalement par deux sources sociologiques ; les familles de magistrats et la bourgeoisie économique formant une notabilité. La magistrature est ainsi composée majoritairement d'une seule et même classe sociale. Cette classe, en tant que groupe social à part entière, possède un esprit qui lui est propre ; un esprit de classe. Cet esprit animant les futurs magistrats est antérieur à leur entrée dans la magistrature où ils sont censés développer un esprit de corps.

Dès lors, un conflit va surgir entre ces deux esprits en concurrence pour un même groupe social. Du fait de l'opposition, le premier esprit va forcément parasiter l'acquisition d'un second⁸⁸⁵.

Les esprits d'un groupe social sont difficilement superposables, interchangeable ou modifiables. Le groupe reste marqué par son esprit d'origine. Les magistrats ne sont pas liés par, pour et grâce à la magistrature, les liens sont antérieurs. Ils sont d'abord liés par un esprit de classe des grandes familles de magistrat et de la bourgeoisie économique. Il est alors difficile de transformer ces liens préexistants, empêchant ainsi le développement d'un esprit de corps. Le corps ne peut avoir qu'un seul esprit ; la magistrature est donc animée par un esprit de classe.

⁸⁸³ C. CHARLE., « État et magistrats [Les origines d'une crise prolongée] », *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol.96-97, mars 1993. Esprits d'État, p. 41.

⁸⁸⁴ Y. BENHAMOU, *op. cit.*, p. 1249 – 1253.

⁸⁸⁵ G. PALANTE, *op. cit.*, p. 135 et s.

Que ce soit l'influence politique ou la composition de la magistrature (elle-même décidée par la volonté du pouvoir politique et son influence), la magistrature ne peut pas prétendre à un véritable esprit de corps. Seul ce dernier lui permettrait de bénéficier d'une protection contre les atteintes portées à son encontre. Point de protection, s'il n'y a pas de solidarité. La magistrature a besoin d'un tel esprit à n'en pas douter. Seulement dans ses conditions, elle ne peut pas en avoir.

La magistrature n'est qu'un semblant de corps créé artificiellement grâce à l'instauration d'une notabilité et maintenue en vie sous influence politique avec un semblant d'esprit fracturé par elle. Cela ne peut s'analyser en un véritable esprit de corps. Du moins, si un tel esprit existe, il n'a pas pour but de protéger la magistrature contre le pouvoir politique et sa domination. Schématiquement, les magistrats lui doivent trop pour se retourner contre lui. L'influence est tellement forte au sein de la magistrature qu'elle rend toute opposition vaine et sans objet.

La magistrature dispose donc d'un corps sous contrôle et sans possibilité de développer un esprit de corps comme mécanisme de protection. Le pouvoir empêche les magistrats de s'agréger dans un corps avec pour ciment un esprit les liant ; les rendant plus forts.

Sans moyen de défense, elle ne peut qu'être précarisée par le pouvoir politique pour finir d'asseoir sa domination sur elle. La magistrature est en incapacité de s'y opposer. Elle n'en a tout simplement pas la force.

Paragraphe 2 : Une magistrature précarisée

La mise en place d'une magistrature uniformisée, formée d'une notabilité sans esprit de corps, permet de la précariser plus facilement. Cette précarisation existe grâce à une absence de considération de la magistrature (I) et un système disciplinaire soumis au pouvoir politique (II).

I : Une absence totale de considération

L'entrée et l'avancement du magistrat au sein de la magistrature dépendent essentiellement de la volonté du pouvoir politique. La carrière du magistrat ne pourra et ne sera pas linéaire car il n'y a simplement aucune ligne à suivre. L'arbitraire du pouvoir politique est total sur ces

questions. Il est rendu possible et renforcé par le silence des règles potentiellement protectrices des magistrats.

La grande loi fondatrice de 1810 reste muette sur l'idée de protection du magistrat, on ne lui accorde aucune garantie véritable. Évoquant seulement les rares qualités et compétences nécessaires pour intégrer la magistrature, la loi de 1810 n'évoque pas le magistrat. Elle aborde la structure de la magistrature, ce qui fait une lourde différence. Mentionnant tour à tour les cours impériales⁸⁸⁶, des Cours d'assises⁸⁸⁷, des Cours spéciales⁸⁸⁸, des tribunaux⁸⁸⁹ et des missions du ministère public⁸⁹⁰.

Le magistrat n'est que trop peu évoqué⁸⁹¹. Ainsi, n'étant pas considéré, sa protection ne peut être qu'inexistante, seule la structure est fixée. Il est le rouage faisant tourner l'ensemble du système judiciaire. L'essentiel est l'organisation, la magistrature n'est qu'un moyen de fonctionnement. Pour maîtriser le système judiciaire, il faut contrôler la magistrature. Dans cette logique de contrôle, l'arbitraire est choisi. Dès lors, il ne peut se satisfaire de contraintes écrites pouvant le limiter. Le plus grand flou entourant les magistrats est volontairement entretenu pour laisser au pouvoir politique la plus grande latitude possible.

Cette abstention volontaire d'évoquer en détail le magistrat renvoie à un constat implacable pour ce dernier. Il ne dispose d'aucune garantie quant à son état.

Il ne lui est accordé que la protection de l'inamovibilité, protection trop limitée en elle-même et à maintes fois remise en cause la rendant alors trop illusoire. Cela permet d'affirmer que le magistrat ne dispose en réalité d'aucune protection. Ne disposer d'aucune protection permet de dire que le magistrat n'est pas considéré. Aucune règle ne garantit au magistrat de rentrer dans la magistrature et encore moins d'y prospérer.

Une problématique traduit parfaitement ce manque de considération du pouvoir politique envers les magistrats. La question du traitement des magistrats est révélatrice de cette tendance à ne pas valoriser le magistrat et donc la magistrature. Mise à part les écarts de traitement vu précédemment et les difficultés que cela soulève, les traitements en eux-mêmes en posent. Une

⁸⁸⁶ Chapitre premier, la loi du 20 avril 1810, Coll. Complète des lois, décrets, T. 12, 1^{er} semestre, 1810, p. 291 et s.

⁸⁸⁷ Chapitre III.

⁸⁸⁸ Chapitre IV.

⁸⁸⁹ Chapitre V.

⁸⁹⁰ Chapitre VI.

⁸⁹¹ Uniquement dans un chapitre VIII, le dernier, intitulé « dispositions générales » à travers les conditions exigées pour intégrer la magistrature.

absence de valorisation du magistrat renforce nécessairement ce sentiment de déconsidération enveloppant toute la magistrature.

La question des traitements dans la magistrature appelle inmanquablement un constat, celui de leur faiblesse. Sans rentrer dans un assomant récapitulatif des traitements des magistrats et de son évolution tout au long du XIX^{ème}⁸⁹², il est constant⁸⁹³ d'affirmer que les traitements alloués au XIX^{ème} siècle sont considérés comme modiques⁸⁹⁴. La question du traitement peu considérable est donc en parfaite adéquation avec la problématique du magistrat peu considéré, peu important. Le traitement est l'expression du manque de valorisation de la magistrature.

Le niveau de faiblesse du traitement français ne peut être constaté que par une comparaison avec d'autres traitements d'autres magistrats. Comparativement, le magistrat anglais « le plus humble » dispose d'un meilleur traitement que le premier président de la Cour de cassation⁸⁹⁵. On comprend dès lors aisément la problématique française. Toutes comparaisons gardées sur les différences de système judiciaire et des rôles respectifs de ces magistrats ; constater que le magistrat anglais tout en bas de la hiérarchie judiciaire gagne plus que le magistrat français à son sommet soulève de lourdes interrogations du côté français.

Non content d'être distancé par ses voisins étrangers, le magistrat est également distancé en France par rapport à d'autres grands corps. En effet, la magistrature est reléguée au dernier rang sous le rapport des traitements dans la hiérarchie des fonctions publiques⁸⁹⁶. Au regard des traitements, la magistrature est clairement maltraitée.

Il convient alors de s'interroger pourquoi le traitement est laissé dans une pareille situation. Pragmatiquement, la question du traitement de la magistrature et de sa faiblesse est liée à des contingences budgétaires. L'augmentation des traitements, sa stagnation voire sa diminution est intimement liée au budget. Par exemple, c'est à l'occasion du budget de la justice que la commission du budget s'est prononcée sur la question de l'augmentation des traitements⁸⁹⁷.

⁸⁹² Les montants et l'évolution des traitements des magistrats ont été déjà été évoqués précédemment, nous ne procéderons donc qu'à des exemples ponctuels de ces derniers.

⁸⁹³ « J'ai établi par l'histoire qu'à aucune époque la magistrature n'avait été aussi mal rétribué que nos jours » ; « Du traitement des magistrats », *Gazette des tribunaux*, 5 avril 1838.

⁸⁹⁴ F. JACQUES, « De l'augmentation du traitement de la magistrature », *Revue pratique de droit français*, T. 4, août 1857-février 1858, p. 543.

⁸⁹⁵ M. DEHESDIN, *Étude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1908, p. 202.

⁸⁹⁶ F. JACQUES, « De l'augmentation du traitement de la magistrature », *Revue pratique de droit français*, T. 4, août 1857-février 1858, p. 545.

⁸⁹⁷ Rapport de la commission du budget sur l'augmentation des traitements de la magistrature, *Gazette des tribunaux*, 30 avril 1846.

Reconnaissant la faiblesse des traitements, elle se prononce favorablement sur le projet de loi présentant une augmentation des crédits estimant qu'il semble essentiel d'augmenter le budget pour parvenir à un tel résultat. Cependant, ce budget souffre de contrainte ne pouvant bénéficier de crédits sans fin. Pour pallier ce potentiel blocage pour la hausse des traitements en cas blocage du budget, il est possible de procéder autrement. Si on ne peut augmenter le budget tout en souhaitant la hausse des traitements, on ne peut que jouer sur la 3^{ème} variable, les magistrats. Des idées radicales émergent ; elles reviennent à une diminution drastique des effectifs de la magistrature, pour redistribuer le budget total alloué aux traitements à moins de magistrats. Mécaniquement, les traitements augmenteront par le principe des vases communicants sans toucher au budget⁸⁹⁸. Une telle coupe dans les effectifs n'eut jamais lieu.

Au-delà de ces contraintes budgétaires limitant les velléités de hausse des traitements comme frein légitime, la stagnation à un niveau médiocre des traitements s'inscrit dans la logique de domination de la magistrature qui, de prime abord, peut paraître contre-productive. Le pouvoir politique sait que les traitements sont trop bas, sans rien faire pour y remédier concrètement⁸⁹⁹ en recherche des conséquences d'un tel état. Le niveau de traitement agit directement sur l'attractivité de la magistrature pour les futurs magistrats. Plus le traitement est faible plus l'attractivité diminue à fonction égale. Cependant, il est à noter que l'attractivité ne joue pas sur l'aspect quantitatif mais sur le qualitatif. La magistrature a toujours réussi à recruter ses magistrats, ce n'est pas la question. La question est en réalité qui elle a pu recruter, attirer. C'est ici que le bât blesse. Le magistrat ne reçoit pas autant qu'il le mériterait et finit par se détourner de la magistrature⁹⁰⁰.

Puisque la magistrature est la moins rétributive, elle attire donc moins que d'autres corps plus rémunérateurs. Expliquer la médiocrité du traitement par l'idée que la magistrature nécessite une vocation pour l'exercer la faisant rentrer avec d'autres dans une cléricature⁹⁰¹ est peu satisfaisant. Il conduit au recrutement de deux catégories de futurs magistrats. Si le magistrat

⁸⁹⁸ « Pour augmenter le traitement des magistrats, il faut diminuer le personnel : diminuez l'un de moitié, augmentez l'autre dans les mêmes proportions, et vous atteindrez plus sûrement votre but », F. JACQUES, *ibid.*

⁸⁹⁹ « La nécessité de cette augmentation n'est, en principe, contestée par personne, et nous doutons que, même parmi les plus ardents défenseurs des deniers publics, une seule voix s'élève dans les chambres pour la repousser », « Rapport de la commission du budget sur l'augmentation des traitements de la magistrature », *Gazette des tribunaux*, 17 mai 1846.

⁹⁰⁰ « Si les magistrats ne trouvent pas dans leur carrière tout ce que leur eût produit le travail et l'intelligence appliqués à d'autres travaux, et si l'honneur de leur titre allège pour le fardeau d'une situation modeste, que du moins cette position soit digne et suffisante », *ibid.*

⁹⁰¹ J-F. TANGUY, « Magistrats riches, magistrats pauvres, magistrats endettés en France au XIX^e siècle », in B. GARNOT (dir.), *Les Juristes et l'Argent. Le coût de la justice et l'argent des juges du XIV^e au XIX^e siècle*, Dijon, EUD, 2005, p. 174.

ne peut se contenter de son traitement⁹⁰², ceux qui acceptent malgré tout de le devenir ont bien souvent une fortune préexistante ou essayent d'en acquérir une⁹⁰³.

Couplés à l'influence, ils accèdent à une notabilité et accèdent aux plus hautes fonctions de la magistrature. À défaut de fortune et/ou d'une forte influence, les plus basses fonctions attirent les plus médiocres⁹⁰⁴ faute de mieux puisque les meilleurs auront choisi des voies plus rémunératrices et donc plus valorisées. Pire, une classe entière de magistrats, les juges suppléants, ne reçoivent pas de traitements en attendant impatientement d'en recevoir un même si celui-ci est médiocre⁹⁰⁵.

Dans les deux cas par le truchement de la modicité du traitement, le pouvoir politique est gagnant. Ils sont tous les deux redevables au pouvoir politique à cause de l'influence ou par manque de choix donc dépendants.

Le traitement est un facteur, un biais de dépendance de la magistrature de par ces effets. Son augmentation, appelée par tous de manière continue, serait un élément important d'indépendance de la magistrature.

Le traitement traduit un état particulier, celui d'un corps voué à l'instabilité et à une dévalorisation au profit du pouvoir politique pour lui permettre de le contrôler. Il parachève l'absence de protection du magistrat et la négation de toute garantie de carrière. Il est totalement à la merci du pouvoir politique si il souhaite entrer dans la magistrature et encore plus si il souhaite y progresser.

L'inamovibilité est donc la seule garantie de rester dans la magistrature une fois entré pour le magistrat. Quand bien même extrêmement limitée, elle reste sa seule et unique garantie au sein de la magistrature. Malheureusement pour le magistrat, le système de dépendance de la magistrature empêche que cette protection puisse être effective. Il convient de s'intéresser à la mise en échec classique de l'inamovibilité à travers l'exercice du pouvoir disciplinaire. Cette possibilité de sortie forcée du magistrat de la magistrature est une faculté cruciale et il est vital de s'intéresser à qui la maîtrise.

⁹⁰² J-P. ROYER, R.MARTINAGE, P. LECOQ, *Juges et notables au XIXe siècle*, Paris, PUF., 1983, p. 139 et s.

⁹⁰³ J-F. TANGUY, « Magistrats riches, magistrats pauvres, magistrats endettés en France au XIXe siècle », in B. GARNOT (dir.), *Les Juristes et l'Argent. Le coût de la justice et l'argent des juges du XIVe au XIXe siècle*, Dijon, EUD, 2005, p. 175.

⁹⁰⁴ « Du traitement des magistrats », *Gazette des tribunaux*, 31 mars 1838.

⁹⁰⁵ Les juges suppléants ne reçoivent un traitement qu'à partir de 1910 et la loi du 8 avril 1910 portant sur le budget, Art. 98, JORF du 10 avril 1910, n°98, p. 3167.

II : Un système disciplinaire sous contrôle du pouvoir

Le système disciplinaire de la magistrature est le chaînon manquant pour compléter la logique concernant l'indépendance de la magistrature. L'indépendance de la magistrature est garantie en tout premier lieu par la consécration du principe d'inamovibilité. Le pouvoir disciplinaire seul permet de mettre en échec théoriquement l'inamovibilité et sa protection. La question du pouvoir disciplinaire est fondamentale car le contrôle disciplinaire entraîne le contrôle de l'inamovibilité et donc, in fine, de l'indépendance. Il est donc capital de s'intéresser au domaine de compétence du pouvoir disciplinaire au XIX^{ème} ainsi que les règles de mise en œuvre pour savoir qui dispose du contrôle de la discipline et incidemment de l'indépendance de la magistrature. A contrario de la carrière du magistrat laissée à un total arbitraire, la discipline à l'encontre du magistrat est encadrée démontrant ainsi toute son importance.

La discipline peut être définie comme « l'ensemble des règles établies pour le maintien de la considération de certains corps qui, dans un intérêt social, doivent être investis au plus haut degré de la confiance publique. Toute corporation qui a un but déterminé ne peut se passer d'une discipline propre »⁹⁰⁶.

Le pouvoir disciplinaire est un facteur déterminant de la légitimité de la magistrature, concourant à imposer son respect. L'action disciplinaire se met en œuvre lorsqu'un magistrat va enfreindre une règle de conduite entraînant alors une sanction en réponse. Avant de s'intéresser à ces règles et ces sanctions, il est important de savoir qui contrôle l'exercice de ce pouvoir si particulier.

La discipline judiciaire post révolutionnaire s'est progressivement installée par différents textes. Elle s'est bâtie sur un pouvoir disciplinaire arbitraire sous influence de morale chrétienne sous contrôle du chancelier de France, chef de justice et la pratique périodique des mercuriales, occasion où les magistrats sont réunis pour leur rappeler leurs devoirs⁹⁰⁷. Dès la Constituante, la question de la discipline est posée⁹⁰⁸. Le pouvoir impérial finira d'ancrer dans les textes le pouvoir disciplinaire.

⁹⁰⁶ E. FUZIER-HERMAN (dir.), « Discipline judiciaire », Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence, *Sirey*, T. XVII, 1899, p. 450.

⁹⁰⁷ « De la discipline judiciaire », *Journal de droit criminel*, 17^e année, 1845, p. 97 – 98.

⁹⁰⁸ Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, *Duvergier*, T. 1, p. 310 et s.

Le Premier Empire fondera le système qui sera peaufiné par le Second Empire⁹⁰⁹. Le système dégagé par la Constituante et posé en 1810 sera quasiment utilisé tout le XIX^{ème} siècle jusqu'en 1883 et la grande réforme judiciaire⁹¹⁰.

Dès l'origine, ce système est tourné et articulé autour d'une entité ; le pouvoir politique. « Le commissaire du Roi » est chargé de veiller au maintien de la discipline dans les tribunaux, considéré comme des agents du pouvoir exécutif⁹¹¹. En d'autres termes, avec l'intercalation du ministère public dans le processus, c'est bien le pouvoir politique qui contrôle la discipline judiciaire, le commissaire du Roi n'étant que son prolongement.

Cette idée de contrôle par le pouvoir politique de la discipline se poursuit et s'affirme par le système impérial. En développant nécessairement le système disciplinaire en partant de ce principe, la part laissée au pouvoir politique est toujours aussi prégnante. Loi fondamentale concernant la magistrature du XIX^{ème} ; la loi du 20 avril 1810 traite bien évidemment de la discipline. Au sein d'un chapitre sept nommé « de la discipline », le processus disciplinaire est bien précisé.

Il est confié aux chefs de juridictions d'user du pouvoir disciplinaire sur les magistrats appartenant à sa juridiction⁹¹² sous le contrôle de la cours d'appel appelée impériale sous la loi de 1810 pour les sanctions prononcées par les juridictions de première instance⁹¹³ ou en cas de négligence⁹¹⁴. Ce processus de contrôle et de sanction disciplinaire se faisant par l'intermédiaire du ministère public en chambre du conseil⁹¹⁵. Il semble clair que la procédure disciplinaire fut fortement développée, bien loin de la simple surveillance du ministère public.

Cependant, l'ombre du pouvoir politique planant en 1790 est clairement visible en 1810. La loi confère au garde des sceaux un rôle prépondérant dans l'action disciplinaire.

Originellement et antérieurement à 1810, il dispose d'un pouvoir de surveillance sur les membres de la magistrature permettant avertissement et réprimande⁹¹⁶. La loi de 1810 lui octroie un droit de *veniat*⁹¹⁷ permettant au « Grand-juge ; ministre de la Justice, pourra quand

⁹⁰⁹ Notamment à travers la loi du 20 avril 1810, Coll. Complète des lois, décrets, T. 12, 1^{er} semestre, 1810, p. 291 et s. ; J-P ROYER, *Histoire de la justice en France, op. cit.*, p. 710.

⁹¹⁰ Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, JORF du 31 août 1883, n°237.

⁹¹¹ Art.1 et 6, Tit. VIII, Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, *Duvergier*, T.1, p. 310 et s.

⁹¹² Art. 49 et 50, loi du 20 avril 1810, *op. cit.*

⁹¹³ Art. 51, *ibid.*

⁹¹⁴ Art. 54, *ibid.*

⁹¹⁵ Art. 51, 52, 55, *ibid.*

⁹¹⁶ « Il [le garde des sceaux] a sur les tribunaux, les justices de paix et les membres qui les composent, le droit de les surveiller et de les reprendre », Art.81, Sénatus-Consulte du 16 thermidor an X (10 mai 1802).

⁹¹⁷ « De la discipline judiciaire », *Journal de droit criminel*, 17^e année, 1845, p. 107.

il le jugera convenable mander auprès de sa personne les membres des cours et tribunaux, à l'effet de s'expliquer sur les faits qui pourraient leur être imputés »⁹¹⁸. Véritable audition du magistrat pouvant être mis en cause disciplinairement, elle permet à sa suite immédiate de disposer d'une véritable opportunité des poursuites à la main du garde des sceaux. Il peut choisir de ne rien déclencher, d'exercer son pouvoir de surveillance (d'avertissement ou de réprimande). Il peut déclencher les poursuites disciplinaires via le procureur dont dépend le magistrat en cause par la procédure ci-dessus évoquée. Il peut également le déférer devant la Cour de cassation⁹¹⁹.

À la lumière de ces quelques droits octroyés par la loi de 1810, on comprend que le garde des sceaux joue un rôle d'impulsion de l'action disciplinaire. Il peut la déclencher et l'orienter. Pareilles facultés peuvent se comprendre en cas d'inaction ou de négligence des chefs de cours réticents à agir contre un membre de sa propre juridiction. Cependant, le pouvoir disciplinaire du garde des sceaux dépasse largement ce simple rôle d'impulsion pour pallier les éventuels blocages dans le processus disciplinaire.

Il est octroyé au garde des sceaux une faculté de modification, de révision disciplinaire. Elle s'exerce d'abord sur toutes les condamnations disciplinaires du fait que « dans tous les cas, il sera rendu compte au grand-juge, par les procureurs généraux, de la décision prise par les cours impériales »⁹²⁰, confiant au garde des sceaux le pouvoir de réviser les condamnations disciplinaires prononcées par les cours et tribunaux, soit contre leurs propres membres, soit contre les juges inférieurs⁹²¹. Réviser la condamnation lui permet à la fois de modifier la sanction et également de réorienter la procédure.

Également, le garde des sceaux dispose de la faculté de renvoyer les magistrats condamnés pénalement vers une procédure particulière et symbolique. Il a la faculté de renvoyer à la Cour de cassation le magistrat. Il présidera la formation capable de prononcer la suspension ou la déchéance du magistrat de ses fonctions⁹²².

⁹¹⁸ Art. 57, loi du 20 avril 1810, *op. cit.*

⁹¹⁹ « Sans préjudice du droit que l'article 82 du sénatus-consulte du 16 thermidor an 10 donne au grand juge, de déférer le juge inculqué à la Cour de cassation, si la gravité des faits l'exige », Art. 56, *ibid.*

⁹²⁰ Art. 56, *op. cit.*

⁹²¹ « Discipline judiciaire », Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, T. XV, 1849, Dalloz, p. 668.

⁹²² « Tout jugement de condamnation rendu contre un juge, à une peine même de simple police, sera transmis au grand-juge, ministre de la justice, qui, après avoir fait l'examen, dénoncera à la Cour de cassation, s'il u a lieu, le magistrat condamné, et, sous la présidence du ministre, ledit magistrat pourra être déchu ou suspendu de ses fonctions, suivant la gravité des faits », Art. 59, *op. cit.*

Cet article 59 permet donc au garde des sceaux de déclencher et de maîtriser la possibilité d'exclure le magistrat du corps. De par cette faculté, le garde des sceaux contrôle la mise en échec de l'inamovibilité. La protection de l'inamovibilité, première véritable garantie d'indépendance de la magistrature vis-à-vis du pouvoir politique, est levée par ce même pouvoir politique. Il contrôle un instrument censé l'éloigner de la magistrature et des magistrats. Le pouvoir politique contrôle la seule protection accordée au magistrat ; la dépendance est totale et absolue.

Il est conféré au garde des sceaux une place centrale au sein du système disciplinaire lui permettant d'entendre le magistrat, de déclencher la procédure, de la modifier, de s'opposer et de changer les sanctions, de mettre à mort l'inamovibilité. Le pouvoir disciplinaire lui est entièrement soumis par de subtiles touches dans chaque pan du processus.

Le rôle joué par le garde des sceaux est incompatible avec une magistrature indépendante du pouvoir politique. Il est une autre expression de la fonctionnarisation de la magistrature. En effet, à travers son activité au sein de l'action disciplinaire, la garde des sceaux se comporte comme un chef d'administration, sanctionnant un fonctionnaire, ayant tout pouvoir sur ses membres⁹²³. La mainmise du garde des sceaux sur le pouvoir disciplinaire est l'exemple de la domination du politique sur la magistrature.

Le système est verrouillé par le pouvoir. Il contrôle l'entrée de la magistrature et la sortie par la purge ou la discipline. Le contrôle du pouvoir disciplinaire est l'expression ultime de la dépendance de la magistrature au pouvoir politique. Même la protection de l'inamovibilité est sous contrôle. La soumission de la magistrature est totale. Le pouvoir politique a mis en place un système où son hégémonie est absolue.

En 1910, le garde des sceaux Louis Barthou se demandait « si il n'y avait pas quelque chose de gangréné dans notre organisation judiciaire »⁹²⁴. Cette gangrène qui ronge la magistrature de l'intérieur est la dépendance rendue possible par l'arbitraire qui la lie au pouvoir politique. Concomitamment et continuellement face à l'essor et l'ancrage de cette soumission, il est apparu des mécanismes visant à réduire cette dépendance et ainsi à favoriser l'indépendance de la magistrature.

⁹²³ C. COLSON, « La discipline et l'avancement des fonctionnaires », *Compte-rendu des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, vol. 177, 1912, 1er semestre, p. 615 – 638.

⁹²⁴ G. MASSON, *Les juges et le pouvoir*, Paris, A. Moreau, Syros, 1977, p. 111.

Chapitre 2 : L'émergence contrariée des mécanismes d'indépendance

Face à l'uniformisation de la magistrature entraînant de facto sa précarisation, il convient de remédier à la dépendance de la magistrature au pouvoir politique. Il semble nécessaire de mettre en place des mécanismes permettant de rendre plus indépendante la magistrature. Ces différents mécanismes doivent tenter de répondre aux vices et lacunes engendrant et maintenant la dépendance.

Ces mécanismes d'indépendance jouent sur deux leviers : l'ancrage définitif de la compétence juridique comme compétence fondamentale et le contrôle de la carrière du magistrat au sens large pour en assurer la pérennité. Le contrôle de son entrée, de son avancement et de sa sortie de la magistrature. Concrètement, il convient d'instaurer des mécanismes là où la subjectivité tourne à plein régime. La quête de l'indépendance revient à gommer progressivement la subjectivité au profit de mécanismes fondés sur des critères objectifs.

Concomitamment à la mise sous dépendance, des mécanismes émergent témoignant ainsi naturellement d'un besoin d'indépendance (Section 1). Néanmoins, cet essor de l'indépendance est fortement temporisé par le ralentissement subi dans l'instauration de ses mécanismes (Section 2).

Section 1 : Le besoin théorique des mécanismes d'indépendance

En réponse à une magistrature rendue dépendante, l'émergence de mécanismes d'indépendance se portera sur les biais de développement et d'appréciation de la compétence juridique du magistrat éludée (Paragraphe 1) et la pérennité de la carrière du magistrat totalement illusoire et à la main du pouvoir politique (Paragraphe 2)

Paragraphe 1 : La nécessité de garantie de la compétence juridique

Dans l'optique de remettre la compétence juridique au centre du choix des magistrats, deux axes de réflexions vont relativement vite s'imposer. Il semble nécessaire de revoir le mode de recrutement des magistrats en instaurant un concours (I) et d'assurer la formation professionnelle du magistrat (II). Les deux combinés permettent un recrutement objectif fondé sur une compétence objective tout en palliant les lacunes de la formation universitaire.

I : L'apparition de l'idée d'un concours comme recrutement objectif

Tout au long du XIX^{ème} siècle, le recrutement des magistrats est gouverné par la pratique des recommandations entraînant dans son sillage influence, arbitraire et dépendance ; il n'en reste pas moins qu'apparaît des opposants à ce système essayant d'en proposer un nouveau leur apparaissant plus satisfaisant.

La notion de concours et d'une potentielle application connaissent une délicate arrivée au sein de ce système. Cette première et timide incursion se déroulera en deux étapes, en 1830 et en 1834 de la part d'un magistrat anonyme et d'un Professeur de droit, tous deux partants du postulat de la remise en cause nécessaire du système des recommandations.

La première réflexion sur la notion de concours provient d'un magistrat en 1830⁹²⁵. Il est à noter que le fait que ce magistrat soit resté anonyme n'est en aucun cas une surprise vu la teneur de son propos sur la critique d'un système de recrutement fondé sur l'influence et la subjectivité pure.

Dans cette note, ce magistrat anonyme tance le système mis en place. Il estime que cette méthode de recrutement ne peut garantir valablement l'indépendance des magistrats⁹²⁶. Le recrutement-nomination des magistrats permet d'effectuer un choix discrétionnaire entre les candidats, ce qui ne permet pas une indépendance suffisante et donc une légitimité suffisante. Cette relation entre le mode de recrutement et sa conséquence sur la légitimité est clairement établie et considérée comme étant interdépendante⁹²⁷. Dès lors la question du recrutement devient pour l'auteur une question primordiale ce qui est clairement novateur et osé expliquant son anonymat.

À travers ce « réquisitoire sévère »⁹²⁸, ce magistrat propose de changer de méthode sans pour autant la préciser. Il estime que la meilleure manière d'aborder le recrutement de la magistrature à l'aune de l'instruction et non plus des faveurs accordées par le pouvoir politique serait « de soumettre les candidats à telles épreuves, tel examen, les obliger à rapporter de telles

⁹²⁵ *De quelques idées sur le recrutement de la magistrature*, Paris, Guibert, 1830.

⁹²⁶ « L'ordre judiciaire est inamovible, et c'est sans doute pour qu'il soit indépendant ; mais il ne le sera véritablement pas tant que les partis pourront y faire entrer leurs chefs ou leurs adhérents », J. KRYNEN, *l'Etat de justice, l'emprise contemporaine des juges*, T. II, p. 96.

⁹²⁷ « Le lien entre modalités du recrutement et l'indépendance était ainsi posé sans périphrase, ni précaution d'usage », C. FILLON, *Devenir juge, Mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, Paris, PUF, collection Droit et Justice, 2008, p. 17.

⁹²⁸ *Ibid.*

attestations, de tels certificats de scolarité que l'on jugerait convenable d'exiger d'eux »⁹²⁹. Ce basculement d'appréhension dans le recrutement, de mettre en avant les compétences juridiques plutôt que les relations d'influence du candidat, opère de facto un changement de méthode de recrutement. L'auteur expose l'idée d'un recrutement basé sur des épreuves sans pour autant franchir le pas de parler de concours « pour la création d'un vivier de magistrat basé sur l'instruction »⁹³⁰.

Cette première charge contre ce système de dépendance enclenchée par un recrutement arbitraire sera suivie quatre années plus tard par un professeur d'université, qui théoriserà en profondeur ce que ne doit plus et ce que doit être le recrutement.

En 1834, le Professeur Foucart⁹³¹, dans un long raisonnement extrêmement détaillé, charge à nouveau la pratique contemporaine du recrutement pour mieux en faire ressortir ses lacunes pour ensuite proposer, prophétiquement, ce que devrait être le recrutement ; par la pratique d'un concours.

En préambule à sa théorisation du concours d'entrée de la magistrature, Foucart dénonce les faiblesses du système de recrutement tel qu'il est pratiqué depuis le début du XIX^{ème} siècle. Pour lui, ce système et ces conditions « n'offrent que des garanties insuffisantes ». Cette méthode de recrutement laisse une grande part de discrétionnaire⁹³² dans le choix des magistrats au pouvoir politique qui aura comme conséquence l'admission « dans ce corps des sujets incapables, et d'en éloigner des sujets distingués »⁹³³. Concernant les garanties insuffisantes qu'il évoque, il fait nécessairement référence aux recommandations qui sont officielles (par les chefs de cours) mais aussi les officieuses qui sont soumis à des influences néfastes sur la reconnaissance de la qualité des candidats⁹³⁴. Il dénonce de manière large l'influence acceptée bon gré mal gré par les magistrats qui gangrène toute la magistrature.

Ce constat amer sur la manière de recruter et de constituer le corps de la magistrature l'amène à penser qu'il faut une autre méthode. Jusqu'ici, Foucart suit le même raisonnement que le magistrat en 1830 sauf que lui va expliciter cette nouvelle méthode.

⁹²⁹ C. FILLON, *op. cit.*, p.18 et J. KRYNEN, *op. cit.*, p. 96.

⁹³⁰ *Ibid.*

⁹³¹ FOU CART, « De la nécessité d'exiger des candidats à la magistrature des conditions spéciales de capacité – Projet d'un concours », *revue de législation et de jurisprudence*, T. 1, 1834, p. 346 et s.

⁹³² « Le pouvoir presque discrétionnaire laissé à l'administration dans le choix des magistrats », *ibid.*, p. 346.

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ « C'est ici qu'il faut faire entrer en ligne de compte toutes ces influences de localité, de famille, de confraternité, auxquelles l'homme le plus juste et le plus probe n'est jamais certain de ne pas céder à son insu. En un mot, d'après le mode actuel de nomination, les chances d'erreur sont nombreuses », *ibid.*, p. 350.

Dans son article, Foucart franchit le pas et énonce de manière explicite le mot de concours⁹³⁵. Afin de légitimer son idée de concours, il opère un rapprochement entre sa proposition de concours et les concours déjà existants pour l'entrée dans différents services publics où ils ont « produits les meilleurs résultats »⁹³⁶.

Le concours est le moyen idoine pour à la fois « montrer la preuve d'une capacité et d'études toutes spéciales » et aussi est « le seul moyen d'éclairer les choix de l'administration »⁹³⁷. Le concours permet de résoudre les difficultés que Foucart amorçait en introduction de son raisonnement. Si le système des recommandations engendre un choix discrétionnaire de candidats compatibles mais peu capables par l'influence, le concours permet à la fois de choisir les meilleurs candidats et, in fine, de les indiquer au pouvoir politique.

Il estime cependant que le concours ne peut être un mode de recrutement parfait, sans défaut, puisque qu'aucune « institution humaine en est exempte »⁹³⁸ mais qu'il limite au maximum de potentielles imperfections dans le choix du magistrat⁹³⁹. Foucart ne se contente pas simplement de souhaiter l'avènement d'un concours, il en pose les contours pratiques.

Pour lui, il se déroulera à date relativement fixe avec une périodicité d'un an se tenant dans chaque chef-lieu des cours royales⁹⁴⁰. Le jury de ce concours serait « le premier président ou un président de chambre, le procureur général ou un avocat général, deux conseillers, deux avocats généraux, deux avocats, dont un au moins professeur de la faculté de droit dans la ville où il en existe une »⁹⁴¹. La composition du jury envisagé par Foucart révèle que ce dernier ne comprend quasi exclusivement que des magistrats, excluant dès lors toute intervention du pouvoir politique au sein de ce jury.

Les conditions d'admission au concours seraient fixées en amont de manière claire, donnant compétence au procureur général de s'intéresser à la moralité du candidat qui pourrait s'opposer à son admissibilité et permettant au candidat de demander appel de cette décision⁹⁴².

⁹³⁵ « On voit que j'arrive ainsi à l'établissement des concours », *ibid.*

⁹³⁶ *Ibid.*

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 350 et 351.

⁹³⁸ *Ibid.*

⁹³⁹ « Avec des concours il est possible que le préféré ne soit pas toujours le plus digne, mais il est presque impossible que ce soit un incapable : avec l'institution actuelle, il a autant de chances pour l'incapable que pour le capable, et il arrivera très rarement que l'on choisira le plus digne, parce qu'on ne le connaîtra pas », *ibid.*, p. 351.

⁹⁴⁰ « Tous les ans, au commencement du mois de septembre, au jour fixé par le garde des sceaux », *ibid.* p. 352.

⁹⁴¹ *Ibid.*

⁹⁴² « On admettrait au concours que les licenciés qui auraient trois années de stage comme avocats, en dispensant d'une année ceux qui seraient docteurs », *ibid.*

Le concours se déroulerait à travers plusieurs épreuves via des dissertations « de droit civil, de droit criminel et de procédure civile » traitées par tous les candidats à la suite et « dans une même salle »⁹⁴³. Les candidats admis au concours posséderaient le titre d' « auditeurs » pour deux ans. À l'instar du magistrat anonyme, Foucart estime que le concours est le meilleur moyen de former, de créer « une pépinière de magistrats instruits et éclairés »⁹⁴⁴.

Il préfigure également ce que deviendra de nos jours les voies latérales d'intégration à la magistrature. Il prévoit de laisser une possibilité d'ouverture de la carrière de magistrat « aux hommes qui auraient honorablement parcouru pendant de longues années celles du barreau [...] mais limité de manière à ce qu'il ne pût excéder le tiers des magistrats »⁹⁴⁵.

Cette proposition de concours théorisée par Foucart est faite dans le but de renforcer la magistrature, « cette institution si belle et dont les membres ont tant besoin de considération »⁹⁴⁶. Dès lors, Foucart estime que le concours est le seul mode viable de recrutement permettant d'éviter pour les magistrats « un simple doute sur leur instruction et sur leur capacité qui ne devrait pas même être possible »⁹⁴⁷.

D'autres auteurs ne voyaient pas le concours comme la solution adéquate pour le recrutement. Par exemple, le professeur Bonnier⁹⁴⁸ estimait que le concours n'était pas le meilleur mode de recrutement des magistrats parce qu'il n'était pas de nature à déceler ou à mettre en relief les qualités requises, que le jury choisirait des candidats de valeur mais peut-être inaptes à accomplir les tâches que l'on attendaient d'eux, que les épreuves écrites ne seraient pas plus sélectives du fait du hasard des sujets. Cet auteur pense démontrer que le concours ne peut valablement permettre un recrutement efficient au sein de la magistrature.

D'autres idées faisaient surface pour aboutir à une autre solution que la voie du concours. En effet, un magistrat préconisait un système de représentation des magistrats par eux-mêmes. Cette présentation des magistrats « combinant mérite et ancienneté, de façon à limiter tant l'arbitraire de l'exécutif que la tendance des cours au népotisme »⁹⁴⁹ permettrait de passer outre les recommandations officieuses en confiant cette faculté aux magistrats.

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 353.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

⁹⁴⁶ *Ibid.*

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 557.

⁹⁴⁸ *Revue de droit français et étranger*, 1842, T. I, p. 402 – 403.

⁹⁴⁹ J. KRYNEN, *l'emprise contemporaine des juges*, T. 2, p. 97.

Cette idée de représentation est soutenue en 1839 par un autre magistrat anonyme estimant « que des jeunes gens sans antécédent, sans service, ont été appelés aux fonctions les plus éminentes, au mépris des droits les mieux acquis »⁹⁵⁰ en arguant à l'encontre du système actuel qu' « en France, on l'a dit, la pente est démocratique, et vous faites de l'aristocratie, et de la plus triste manière »⁹⁵¹.

Sans surprise et malgré les contreprojets ou critiques à son encontre, le concours est la voie d'avenir pour le recrutement dans la magistrature.

Dans l'optique d'affermir la compétence juridique comme socle du recrutement dans la magistrature, il convient également d'assurer une formation spécifique et professionnelle du magistrat que ne peut assurer la formation universitaire théorique.

II : La nécessité de formation professionnelle des magistrats

En 1842, le Professeur Bonnier⁹⁵² dressa un constat a posteriori de la nécessité d'une formation des magistrats. Il estima que la formation juridique en faculté de droit ne permettait pas de garantir la compétence du futur magistrat, que le concours tel que préconisé par Foucart ne saurait pallier cette incertitude de compétence. Bonnier pose alors une conclusion évidente, celle de la nécessité de former le magistrat à la fonction à laquelle il aspire.

Cependant, si Bonnier pose la bonne conclusion, il se trompe sur la cause. Le concours n'est pas le pendant de la formation censée pallier les défauts du recrutement mais bien un autre moyen de recrutement. Opposer le concours et la formation du magistrat est contre-productif car il est évident que l'un comme l'autre peuvent et doivent se compléter en tant que mode de recrutement suivi d'une période de formation avant l'exercice de la fonction de magistrat.

Sous l'Empire, il existait déjà une volonté de mettre en œuvre une formation des magistrats par l'instauration de ce qui s'appelle un noviciat judiciaire. Bonnier ne fait qu'une critique a posteriori du fait de son échec progressif. Il se mettra alors en place, à partir de 1808, le premier, seul et réel noviciat judiciaire sous le XIX^{ème} siècle.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² M. BONNIER, *Du noviciat judiciaire*, librairie de la Cour de cassation, Paris, 1842, 40 p.

Le décret du 16 mars 1808⁹⁵³ créa un nouveau statut au sein de la magistrature, celui des juges auditeurs. Ces juges auditeurs sont nommés par le pouvoir politique sur rapport du ministre de la Justice au sein des Cours d'appel parmi trois candidats pour chaque place vacante. Les conditions de nomination de ces juges auditeurs sont assez simples. Ils doivent être avocat, avoir suivi le barreau pendant au moins deux ans et avoir un revenu propre ou « une pension assurée par leurs parents » annuel de 3000 francs au moins⁹⁵⁴. Ces nouveaux juges auditeurs exerceront leurs fonctions au sein des cours d'appel, des cours de justice criminelle et dans les tribunaux de première instance⁹⁵⁵. Ils pourront exercer diverses missions telles que des enquêtes, des interrogatoires et autres actes d'instructions et suppléer les procureurs généraux à l'âge de 25 ans et les juges à l'âge de 30 ans⁹⁵⁶. Ces derniers recevront un traitement fixé au quart de celui des magistrats du ressort⁹⁵⁷.

Le principal avantage octroyé aux juges auditeurs concerne leur carrière au sein de la magistrature où « le tiers des places qui viendront à vaquer dans chaque cour d'appel, tribunal de première instance leur sera affecté [...] nous réservant de choisir ceux qui méritent cette distinction »⁹⁵⁸.

Le dispositif créé par le décret de 1808 fut complété par la loi du 20 avril 1810⁹⁵⁹. Les juges auditeurs près des Cours d'appel auront le titre de conseillers auditeurs et obtiendront voix délibérative à l'âge de 27 ans⁹⁶⁰. Les juges auditeurs seront à la disposition du ministre de la Justice pour être envoyés dans les « tribunaux à trois juges seulement » en première instance, et n'auront que voix consultative s'ils n'ont pas l'âge requis⁹⁶¹.

Un avis du Conseil d'État en date du 27 février 1811⁹⁶² précise la distinction entre voix délibérative et consultative en la subordonnant à l'âge du Conseiller auditeur lui permettant

⁹⁵³ Décret du 16 mars 1808 portant création d'un corpus de juges auditeurs près de chaque cour d'appel, in J-C-M.G. DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Aix, Imprimerie de F.VITALIS, 1853, p. 42.

⁹⁵⁴ Art. 2, décret du 16 mars 1808, *ibid.*

⁹⁵⁵ Art. 3, *ibid.*

⁹⁵⁶ Art. 4, *ibid.*

⁹⁵⁷ Art. 8, *ibid.*

⁹⁵⁸ Art. 6, *ibid.*

⁹⁵⁹ Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice, Bull. Loi T12, 1810, n°282, p. 291 et s.

⁹⁶⁰ Art. 12, *ibid.*

⁹⁶¹ Art. 13, *ibid.*

⁹⁶² Avis du CE du 27 février 1811 sur diverses questions relatives aux fonctions et au rang des Conseillers auditeurs près les Cours impériales, in J-C-M.G. DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Aix, Imprimerie de F.VITALIS, 1853, p. 46.

d'avoir accès à toutes les affaires selon cette distinction. De plus, ils sont soumis aux mêmes règles que les magistrats titulaires, d'accéder à toutes les audiences, à tous les délibérés.

Pour parachever l'édifice napoléonien sur l'auditorat, un décret de 1813⁹⁶³ viendra préciser que le nombre de conseillers auditeurs ne pourra dépasser le quart des effectifs⁹⁶⁴. Concernant les juges auditeurs, leur nombre ne pourra « excéder le double du nombre des tribunaux de première instance de ce ressort composés de trois juges seulement »⁹⁶⁵, seront nommés par le pouvoir politique⁹⁶⁶ en étant simplement âgé de 21 ans, sans condition de ressources, en n'ayant effectué qu'un stage d'un an comme avocat sauf s'ils sont licenciés en droit.

L'avancement des juges auditeurs, à un poste de titulaire se fera à l'ancienneté et au mérite parmi ceux « qui se seront le plus distingués par la régularité de leur conduite, par leur application à l'étude des lois, et par leur zèle dans l'exercice de leurs fonctions, obtiendront, dans la nomination aux places vacantes, la préférence sur ceux qui n'auraient à leur opposer que le droit d'ancienneté »⁹⁶⁷.

L'auditorat judiciaire qui s'inscrit dans une volonté claire de formation des magistrats. En créant deux statuts différents qui s'alimentent entre eux (les Juges auditeurs pouvant devenir conseillers auditeurs), il est mis en place, en théorie, une véritable « école pour les jeunes magistrats qui, au contact d'anciens plus expérimentés se formaient et apprenaient, notamment au cours des délibérés, les diverses manières d'examiner une question et de lui donner une solution »⁹⁶⁸.

Cette « École » possède l'avantage indéniable de créer une voie royale pour intégrer à terme la magistrature en priorité et mettre en place « une pépinière »⁹⁶⁹ pour y puiser les meilleurs éléments en cas de manque de magistrat.

On décèle alors, sans difficulté, les prémices d'une école spécifique dédiée à la magistrature. C'est d'ailleurs l'intention première de cet auditorat judiciaire. En effet, un rapport présenté sur la loi de 1810 pour la création des Juges auditeurs que « la pensée de sa majesté s'est portée,

⁹⁶³ Décret du 22 mars 1813 concernant les Conseillers auditeurs et les Juges auditeurs, in J-C- M.G. DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Aix, Imprimerie de F.VITALIS, 1853, p. 49.

⁹⁶⁴ Art.1, *ibid.*

⁹⁶⁵ Art.2, *ibid.*

⁹⁶⁶ « Par nous », Art.3, *ibid.*

⁹⁶⁷ Art.15, *ibid.*

⁹⁶⁸ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature, op. cit.*, p. 200.

⁹⁶⁹ J-P. ROYER, *La société judiciaire depuis le XVIIème*, Paris, PUF, 1979, p. 278.

non seulement sur l'état actuel des choses mais sur l'avenir ; elle a voulu former au près des cours et des tribunaux une sorte d'école pratique »⁹⁷⁰.

Si la théorie semble étincelante et extrêmement novatrice en prenant en compte des problématiques et nécessités importantes, il n'en reste pas moins qu'elle connaîtra néanmoins un lourd échec.

Paragraphe 2 : La pérennisation du magistrat dans la magistrature

Pour tenter de garantir la pérennité du magistrat au sein de la magistrature, il est nécessaire de poser des règles protectrices à propos de la carrière du magistrat (I) et du pouvoir disciplinaire (II) en rendant impossible tout arbitraire du pouvoir politique.

I : L'émergence de l'idée d'une garantie de carrière

La sélection des meilleurs magistrats d'un point de vue juridique et formée spécifiquement à la profession de magistrat serait totalement inutile si le magistrat reste sous l'influence du pouvoir politique dès son entrée effective dans la magistrature. Pour renforcer l'indépendance du magistrat, il est nécessaire de contrôler son avancement en l'extrayant de tout arbitraire.

Le but ici est de fixer des règles applicables à tous pour réguler de manière objective et fluide la carrière des membres d'un même corps. La régulation de la carrière se fait à travers la tenue d'un tableau d'avancement sur lequel sont positionnés tous les membres du corps. Ce concept régulateur de carrière n'est pas quelque chose d'inconnu ou faisant figure d'exception. Ce processus n'est ou ne peut être en aucun cas étranger à la France pour en expliquer l'absence.

En France, la régulation de l'avancement est pratiquée dans d'autres grands corps tels que l'enseignement supérieur⁹⁷¹, primaire⁹⁷² ou les impôts⁹⁷³. De manière globale, l'avancement au

⁹⁷⁰ M. BONNIER, *Du noviciat judiciaire*, op. cit., p.13 et 14.

⁹⁷¹ « Le ministre après avis du comité consultatif de l'enseignement public (section de l'enseignement supérieur), qui dressera chaque année, un tableau d'avancement d'après l'ancienneté des services et la valeur des travaux scientifiques et littéraires des professeurs », Art 4, décret du 14 janvier 1876 qui supprime, dans les facultés de théologie, de droit et de médecine, des sciences et des lettres et dans les écoles supérieures de pharmacie, les rétributions éventuelles allouées aux professeurs et agrégés, *Duvergier*, T. 76, 1876, p. 32 – 33.

⁹⁷² Chap. 2 « Classement et traitement du personnel », loi du 19 juillet 1889 sur les dépenses ordinaires de l'instruction primaire publique et les traitements du personnel de ce service, *Duvergier*, T. 89, 1889, p. 398 et s.

⁹⁷³ Art. 15 « L'avancement des percepteurs a lieu au choix ou à l'ancienneté » ; Art. 16 « Les tableaux d'avancement sont préparés annuellement dans chaque département par une commission [...] » Décret du 8

sein de la fonction publique et des grands corps au sens large est un élément central de ces derniers. La gestion de cet avancement est l'apanage du pouvoir politique fixant les règles de la progression des membres dans le corps⁹⁷⁴. On a prêté sciemment à la magistrature des attributs ou apparences de fonctionnariat à des fins de contrôle. À la différence des fonctionnaires se voyant dotés par le pouvoir de règles, la magistrature n'en a pas.

Même si Tocqueville disait « que l'on avance dans les tribunaux comme on gagne des grades dans l'armée »⁹⁷⁵ et que la hiérarchisation de l'armée était une source d'inspiration napoléonienne pour la nouvelle magistrature, elle ne dispose pas de règle pour l'avancement contrairement à la grande muette. L'Ancien Régime prévoyait déjà des règles d'avancement pour l'armée, la Révolution française ne changea pas la donne et des nouvelles règles sont mises en place pour l'armée et son avancement reconnaissant les avantages de stabilité et d'ordre par l'instauration de telles règles⁹⁷⁶. On retrouve rapidement des règles précises sur les conditions d'avancement dans l'armée⁹⁷⁷ ou un de ses corps plus spécifiquement⁹⁷⁸. Calquée sur l'armée, la magistrature n'a malheureusement pas eu les mêmes égards en termes d'avancement. La seule magistrature en est dépourvue. L'absence de tableau d'avancement pour la seule magistrature est une exception purement française, les autres pays européens en disposent et « c'est presque toujours par la magistrature qu'ils ont commencé »⁹⁷⁹ concernant les règles d'avancement des fonctions publiques.

Bien que la régulation de l'avancement semble être un impératif utilisé pour tous les grands corps français et les magistratures étrangères, la magistrature française en reste dépourvue. Néanmoins, la réflexion autour de l'application à la magistrature d'un mécanisme de contrôle de la carrière et de son avancement n'est pas totalement absente.

novembre 1907 concernant les règles de recrutement, de l'avancement et de la discipline applicable aux percepteurs, *Duvergier*, 1907, p. 544.

⁹⁷⁴ « Traditionnellement, l'exécutif fixait de façon empirique, par voie réglementaire, l'organisation des pouvoirs publics, mais aussi les conditions d'avancement et de discipline des différentes catégories de fonctionnaires », J.-C. SAUVIGNAC, « L'État et la fonction publique : enseignements et perspectives. », *Revue juridique de l'Ouest*, 2009-2, p. 144.

⁹⁷⁵ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, T. 2, p. 114.

⁹⁷⁶ A. LAMETH, « Rapport sur l'avancement militaire par M. Alexandre de Lameth, en annexe de la séance du 19 septembre 1790 », in. Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) T. XIX – Du 16 septembre au 23 octobre 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1884, p. 70 – 81.

⁹⁷⁷ V. par exemple ; Loi du 14-20 avril 1832 sur l'avancement dans l'armée et son article 1^{er} « Nul ne pourra être caporal ou brigadier, s'il n'a servi activement au moins six mois, comme soldat, dans un des corps de l'armée », *Duvergier*, T.32, p. 141.

⁹⁷⁸ V. par exemple ; Ordonnance du Roi du 24 avril 1832 en exécution de la loi du 20 avril 1832 sur l'avancement dans l'armée navale, *Duvergier*, T. 32, p. 164.

⁹⁷⁹ M. DEHESDIN, *Etude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, 1908, p. 338.

Dès 1844, un projet de loi dit d'Haussonville⁹⁸⁰ prévoit de réunir au sein d'un seul et même processus l'avancement de toutes les fonctions publiques. Fondé sur les critères d'une aptitude constatée par divers procédés comme un examen, un diplôme, un concours et d'une durée d'exercice minimale de grade inférieur, un tableau d'avancement sera dressé selon une hiérarchie fixée par grades et par professions.

Ce système d'avancement est applicable puisque ce projet prévoit une exception pour la magistrature parmi d'autres. En effet, il est précisé que « les fonctionnaires de l'ordre judiciaire » pourront être nommés pour un cinquième de dehors du tableau d'avancement⁹⁸¹. Prenant en compte la particularité de la magistrature, un projet unifiant et stabilisant l'avancement laisse 1/5^e des promotions à l'arbitraire du pouvoir politique. Le problème soulevé par ce projet est que la magistrature est intégrée dans un grand ensemble assimilant les magistrats à des fonctionnaires.

Au cours du XIX^e siècle apparaissent les premières réflexions sur l'instauration d'un tableau d'avancement pour la magistrature. La première évocation⁹⁸² d'un tableau spécifique pour la magistrature date de 1839 où un magistrat anonyme attaque audacieusement les maux d'un avancement sans règle⁹⁸³. Il remet en cause l'influence dans la magistrature et l'avancement au détriment des meilleurs⁹⁸⁴ et l'omniprésence du politique dans l'avancement⁹⁸⁵. On comprend alors que l'intérêt du tableau d'avancement est de nier l'influence du pouvoir sur les carrières des magistrats dans l'optique d'une meilleure indépendance.

Fort de cette analyse courageuse et lucide de l'avancement de la magistrature, des projets de lois vont fleurir vers la fin du XIX^e siècle réclamant l'instauration d'un tableau d'avancement à mesure que la nécessité de l'indépendance s'ancre de plus en plus aux côtés

⁹⁸⁰ « Conditions d'admission et d'avancement dans les fonctions publiques », in. *Annales du parlement français*, session de 1845, T. septième, Paris, Libr. De Firmin Didot, 1846, p. 229 et s.

⁹⁸¹ Art. 5, *op. cit.*

⁹⁸² M. ROUSSELET, « L'avancement dans la magistrature au XIX^e siècle », *Revue des Deux Mondes*, 15 mai 1965, n° 10, p. 202.

⁹⁸³ Etat précaire de la magistrature en France. Remèdes qu'il convient d'y apporter, suivi de considérations sur la vénalité des offices ministériels, Paris, Chez Ledoyen, 1839 ; in C.FILLON, *Devenir juge, Mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, Paris, PUF, collection Droit et Justice, 2008, p. 21.

⁹⁸⁴ « La faveur a envahi toutes les positions, la capacité a souvent été considérée comme le moindre des titres ; des places inutiles ont été créées pour en gratifier quelques protégés, des jeunes gens sans antécédents, sans services, ont été appelés aux fonctions les plus éminentes, au mépris des droits les mieux acquis », *Ibid.*

⁹⁸⁵ « Espérons qu'à l'avenir on ne pourra plus dire qu'on arrive aux hautes fonctions de la magistrature comme on obtient l'entrée des monuments publics, qu'il suffit pour cela de montrer sa médaille de député », Etat précaire de la magistrature en France. Remèdes qu'il convient d'y apporter, suivi de considérations sur la vénalité des offices ministériels, Paris, Chez Ledoyen, 1839 in M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 199.

des projets de concours, de formation, etc.⁹⁸⁶. En point d'orgue, un projet porté principalement par en 1894 par Flandin⁹⁸⁷ sera l'inspirateur de la première création du tableau d'avancement⁹⁸⁸.

Ce projet de loi et ses instigateurs, à l'instar du magistrat de 1839, déplore l'état contemporain de l'avancement au sein de la magistrature⁹⁸⁹. Ils font immédiatement le lien entre réglementation de l'avancement et indépendance des magistrats⁹⁹⁰. Ils dénoncent le sentiment de favoritisme suranné⁹⁹¹ violant le principe républicain d'accès aux emplois publics pour les plus méritants et dignes, que l'arbitraire a entraîné la magistrature dans un état déplorable⁹⁹².

Pour mettre fin à cet état déplorable, il propose l'instauration pure et simple d'un tableau d'avancement dressé par une commission⁹⁹³. Le choix du garde des sceaux se limite alors aux noms inscrits au tableau⁹⁹⁴. Ce tableau s'appliquerait tant aux magistrats du siège que du parquet, quand bien même le parquet n'est que le représentant du pouvoir exécutif au sein de la magistrature⁹⁹⁵. Enfin, ce projet purement théorique laisse pour ses auteurs une grande interrogation quant à sa portée et son application.

Elle ne tardera pas à en trouver une en 1895 grâce au garde des sceaux Trarieux. Par une simple circulaire en septembre⁹⁹⁶ est instauré en France un tableau d'avancement pour la magistrature. La circulaire commence par énoncer les raisons de son instauration. Trarieux invoque que l'avancement est abandonné à l'autorité exclusive du Ministre et que même si il y apportait le meilleur soin, il subsisterait toujours une suspicion d'un retour à l'influence.

⁹⁸⁶ V. à ce sujet, M. DEHESDIN, *Etude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, 1908, p. 340 et s.

⁹⁸⁷ E. FLANDIN, Proposition de loi ayant pour objet de régler les conditions d'admission et d'avancement dans la magistrature des cours et des tribunaux, par MM. Etienne Flandin, Alexandre Bérard (Ain), Alicot, Léon Bourgeois (Marne) (10 février 1894), Paris, impr. de Motteroz, s. d., 18 p.

⁹⁸⁸ V. à ce sujet, M. DEHESDIN, *Etude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, 1908, p. 340 et s.

⁹⁸⁹ *Etat précaire de la magistrature en France. Remèdes qu'il convient d'y apporter, suivi de considérations sur la vénalité des offices ministériels*, Paris, Chez Ledoyen, 1839 ; in. C. FILLON, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁹⁰ « Les honorables députés déclarent tout d'abord, dans l'Exposé des motifs, que leur but est d'assurer aux justiciables des juges éclairés et indépendants », « Admission et avancement dans la magistrature », *Gazette des tribunaux*, 8 mars 1894.

⁹⁹¹ « La faveur a envahi toutes les positions, la capacité a souvent été considérée comme le moindre des titres ; des places inutiles ont été créées pour en gratifier quelques protégés, des jeunes gens sans antécédents, sans services, ont été appelés aux fonctions les plus éminentes, au mépris des droits les mieux acquis », *Etat précaire de la magistrature en France. Remèdes qu'il convient d'y apporter, suivi de considérations sur la vénalité des offices ministériels*, Paris, Chez Ledoyen, 1839, in M. ROUSSELET, « L'avancement dans la magistrature au XIXe siècle », *Revue des Deux Mondes*, 15 mai 1965, n° 10, p. 199. *ibid.*

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ Commission supérieure du classement composée du premier président et du procureur général près la cours de cassation de deux premiers présidents et de deux procureurs généraux, de deux sénateurs, de deux députés, d'un conseiller d'Etat et d'un délégué du garde des sceaux, *ibid.*

⁹⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁹⁵ Opinion à l'encontre du projet Flandin, *Ibid.*

⁹⁹⁶ Circulaire du 27 septembre 1895 portant création d'un tableau d'avancement, Bull. off. Du ministère de la Justice, 1895, p. 112-114.

Pour lui, laisser la possibilité d'exercer une influence forcerait les magistrats à y succomber rendant tout mérite illusoire pour l'avancement. Dès lors, il décide lui-même de « limiter le pouvoir dont il est le dépositaire »⁹⁹⁷, celui de nommer et de faire avancer de manière discrétionnaire en instaurant un tableau d'avancement. Il y aura un tableau par ressort de Cour d'appel⁹⁹⁸ dans lequel certains magistrats seront proposés à l'avancement s'ils en sont dignes. La circulaire demande à minima l'exercice pendant deux ans de la fonction actuelle avant de pouvoir bénéficier d'un avancement, d'avoir fait la preuve de leur aptitude et dévouement pour la justice.

Une commission⁹⁹⁹ sera chargée d'examiner les tableaux envoyés par les chefs de cours chacun séparément et établira par ordre de mérite le tableau d'avancement pour chaque ressort.

Le garde des sceaux insiste fortement sur le caractère impartial de la commission, seule capable de donner confiance en la commission et ses décisions aux magistrats et aux justiciables sans quoi tout ce processus n'a aucun intérêt. Directement inspiré de la proposition Flandin partageant le même diagnostic et le même remède pour la magistrature, le tableau Trarieux place au cœur de sa circulaire la fin de l'influence et le gain espéré d'une meilleure indépendance du magistrat.

Malheureusement, Trarieux sera remplacé à son poste de garde des sceaux le 1^{er} Novembre 1895 laissant son tableau disparaître car provenant de sa seule volonté de limiter ses pouvoirs¹⁰⁰⁰. Par la suite, d'autres propositions verront le jour pour le tableau d'avancement sans pour autant prospérer¹⁰⁰¹. Ils reprennent tous le modèle Flandin ou ne le change qu'à la marge restant alors sur un tableau transmis à une commission chargé d'évaluer les magistrats pour leur avancement selon un critère temporel d'exercice des fonctions et de compétence, d'aptitude.

Il faudra attendre 1906 pour assister au grand retour et à la première véritable instauration d'un tableau d'avancement chargé de réguler les carrières au sein de la magistrature.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 113.

⁹⁹⁸ Tableau établi par les premiers présidents et procureurs généraux de chaque ressort, mentionnant noms, prénoms des magistrats, date et lieu de naissance, durée totale du service, date de la dernière nomination, titres particuliers pour l'avancement, préférences de région pour l'avancement, *ibid.*

⁹⁹⁹ Commission sera composée du « Premier Président et du Procureur général de la Cour de cassation, de deux conseillers à cette Cour, qui seront le doyen et le dernier inscrit sur la liste de rang et en outre des trois directeurs du Ministère de la justice se réunira à la Chancellerie sous ma présidence ou celle du Premier Président de la Cour de Cassation », *ibid.*, p. 114.

¹⁰⁰⁰ M. ROUSSELET, « L'avancement dans la magistrature au XIXe siècle », *Revue des Deux Mondes*, 15 mai 1965, n° 10, p. 203.

¹⁰⁰¹ M. DEHESDIN, *Etude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, 1908, p. 118 et s.

II : La simplification et l'unification du pouvoir disciplinaire

À l'instar des autres mécanismes d'indépendance tentant de supprimer ou de réduire l'arbitraire du pouvoir politique au sein de la magistrature, cette réflexion s'impose également au pouvoir disciplinaire qui classiquement était contrôlé par le garde des sceaux qui disposait de larges prérogatives. On recherche à nouveau un gain d'indépendance par le biais du contrôle disciplinaire, de le faire changer de main.

Au-delà des pouvoirs disciplinaires propres du garde des sceaux, le pouvoir disciplinaire s'exerçait à travers la magistrature elle-même par une action horizontale interne à une juridiction ou hiérarchique par une juridiction supérieure¹⁰⁰². Ces dispositions prévues par la loi de 1810¹⁰⁰³, le sénatus-consulte de l'an X¹⁰⁰⁴ et le décret du 1^{er} mars 1852¹⁰⁰⁵ forment le système disciplinaire couvrant le XIX^{ème} siècle. Sous l'empire de ces textes, le pouvoir disciplinaire est totalement éclaté, se superposant et s'entremêlant. Les tribunaux de première instance, les Cours d'appel et la Cour de cassation disposent tous de pouvoirs en matière disciplinaire.

Les tribunaux et Cours disposent sur leurs membres d'un pouvoir d'avertissement par le biais des présidents¹⁰⁰⁶. Ce droit d'avertissement est le premier stade de la discipline au sein de la magistrature qui en est le déclencheur. Mal appréhendé par ses utilisateurs¹⁰⁰⁷, l'avertissement n'est pas une peine disciplinaire mais une mesure préventive¹⁰⁰⁸. Elle a vocation à être le premier stade de la procédure disciplinaire applicable au moindre écart d'un juge¹⁰⁰⁹.

La loi de 1810 entend l'avertissement comme le premier stade de la procédure pouvant ouvrir sur les sanctions. En effet, ce n'est que si « l'avertissement est sans effet »¹⁰¹⁰, que le juge fera

¹⁰⁰² *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Association française pour l'histoire de la justice, Collection histoire de la justice, n° 12, Paris, La Découverte, 2000, p. 121.

¹⁰⁰³ Loi du 20 avril 1810, *Duvergier*, T. 12, 1^{er} semestre, 1810, p. 291.

¹⁰⁰⁴ Sénatus-Consulte du 16 thermidor an X (10 mai 1802).

¹⁰⁰⁵ Décret du 1^{er} mars 1852 sur la mise à la retraite et la discipline des magistrats ; *Duvergier*, T. 52, p. 143 et s.

¹⁰⁰⁶ « Les présidents des cours impériales et des tribunaux de première instance avertiront d'office, ou sur la réquisition du ministère public, tout juge qui compromettra la dignité de son caractère », Art. 49, loi du 20 avril 1810, *op. cit.*

¹⁰⁰⁷ Par ex. ; peu importe que l'avertissement supposait un fait grave ou en récidive, Instructions du 12 décembre 1821, Recueil officiel des instructions du ministère de la justice, T. 2, p. 119.

¹⁰⁰⁸ « C'est une mesure préventive de toute peine, un acte secret et paternel du magistrat supérieur envers un officier de justice qui suit une mauvaise direction », Instructions du 12 décembre 1821, Recueil officiel des instructions du ministère de la justice, T.2, p. 120.

¹⁰⁰⁹ « La conduite d'un magistrat recommandable par une régularité constante aura offert un écart léger en lui-même mais blâmable tout de même [...] tel autre magistrat par une suite d'habitudes et de manière inconvenantes [...], l'avertissement simple doit être donné dans ces deux cas », *ibid.*, p. 121.

¹⁰¹⁰ Art. 50, loi du 20 avril 1810, *Duvergier*, T. 12, 1^{er} semestre, 1810, p. 291.

face à une peine disciplinaire. Ce pouvoir d'avertissement est également possible par les Cours royales sur les tribunaux inférieurs¹⁰¹¹.

Les Cours royales, en plus de l'avertissement horizontal et vertical, disposent d'un pouvoir de surveillance sur les tribunaux inférieurs dérivé de l'article 8 de la loi de 1810 sur la bonne administration de la justice. Il est limité à la tenue de mercuriales sur l'état de l'administration de la justice au sein du ressort, requérir des avertissements, exercer le pouvoir disciplinaire en cas de négligence du tribunal à l'exercer lui-même et signaler au garde des sceaux les refus d'avertissement¹⁰¹².

Enfin, la Cour de cassation dispose également de larges pouvoirs en matière disciplinaire. Elle a la capacité de censurer les tribunaux d'appels et tribunaux criminels et de discipline pour suspendre les juges pour cause grave¹⁰¹³. Elle a aussi la capacité d'annuler les actes disciplinaires contraire à la loi¹⁰¹⁴.

Le processus disciplinaire au XIX^{ème} procède d'une tendance notable à l'éclatement du pouvoir disciplinaire. Chacune des juridictions disposent de prérogatives disciplinaires pouvant être dénoncées, reprises par une juridiction supérieure. Toutes ces règles morcelant le pouvoir disciplinaire ne sont destinées qu'à la discipline des juges, des magistrats inamovibles.

Le ministère public composé de magistrats amovibles est soumis à des règles différentes justement car il ne dispose pas de privilège protecteur de l'inamovibilité¹⁰¹⁵. La discipline du parquet échappe totalement aux cours et tribunaux et renvoie au garde des sceaux in fine toutes les questions de discipline¹⁰¹⁶. Les magistrats du parquet sont la surveillance constante de la hiérarchie¹⁰¹⁷. Simples agents du pouvoir exécutif¹⁰¹⁸, la tradition veut que le pouvoir politique gère la discipline de ces derniers¹⁰¹⁹.

De manière évidente pour le parquet et de manière plus implicite pour le siège malgré le morcellement, le garde des sceaux chapote totalement le pouvoir disciplinaire et son exercice.

¹⁰¹¹ Art. 49, *ibid.*

¹⁰¹² « De la discipline judiciaire », *Journal de droit criminel*, 17^e année, 1845, p. 135.

¹⁰¹³ Art. 82, Sénatus-Consulte du 16 thermidor an X (10 mai 1802) ; Art 56 et 59 de la loi du 20 avril 1810, *ibid.*

¹⁰¹⁴ Art. 80 de la loi du 27 ventôse an VIII et Art. 441 du Code d'instruction criminelle ; L'exercice de ce droit relève plus de sa fonction de juridiction suprême que de l'exercice de son pouvoir disciplinaire mais cela influe directement sur ce pouvoir ; « De la discipline judiciaire », *Journal de droit criminel*, 17^e année, 1845, p. 129.

¹⁰¹⁵ Y. DURAND, *La discipline des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Pedone, 1894, p. 118.

¹⁰¹⁶ Art. 60 et 61, la loi du 20 avril 1810, *ibid.*

¹⁰¹⁷ Art. 84, Sénatus-Consulte du 16 thermidor an X (10 mai 1802).

¹⁰¹⁸ Art. Premier, Titre VIII Du ministère public, Loi des 16 et 24 août 1790.

¹⁰¹⁹ H. BUJARD, *La faute professionnelle dans la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Dijon, Impr. De J. Bernigaud, 1914, p. 29.

En plus des prérogatives accordées aux juridictions, le garde des sceaux en dispose également. Cela lui permet ainsi d'avoir la main sur celles des juridictions¹⁰²⁰. Le morcellement entraînant la division, la complexification et donc l'affaiblissement qui profite alors au pouvoir politique pour s'emparer de l'ensemble de la discipline.

L'unification et la simplification du pouvoir disciplinaire passera par la grande réforme de 1883¹⁰²¹ et en le confiant à une nouvelle entité par l'instauration d'un Conseil supérieur de la magistrature (CSM). La Cour de cassation en chambres réunies exercera cette fonction de conseil supérieur de la magistrature¹⁰²².

Ce Conseil est chargé d'exercer à l'égard de tous les juges¹⁰²³ le pouvoir disciplinaire dévolu alors aux juridictions sous l'empire des textes antérieurs à la loi de 1883¹⁰²⁴. Face à un système éclaté et morcelé entre plusieurs entités, la réforme unifie et confie le pouvoir disciplinaire à la seule Cour de cassation dans une formation spécifique. La complexité et l'enchevêtrement de textes et de juridictions compétentes étaient le défaut majeur du système disciplinaire. Ce défaut engendrant l'arbitraire du pouvoir¹⁰²⁵, la loi de 1883 choisit de prendre le contrepied par la simplification et l'unification.

L'attribution de la compétence directe de la Cour de cassation comme organe disciplinaire fait écho à un arrêt de 1871¹⁰²⁶ contre le premier président de la Cour de cassation déféré par décret devant la Cour de cassation pour avoir gravement compromis sa dignité. Il ressort de l'arrêt que le garde des sceaux ayant délégué ce pouvoir au reste du gouvernement ne pouvait saisir la Cour de cassation et qu'elle-même pouvait se saisir d'office pour un de ces membres, l'inculpé pouvant aussi l'invoquer. Elle précise que la discipline appartient au pouvoir judiciaire et non au pouvoir exécutif. Le garde des sceaux lui seul peut l'exercer puisque le pouvoir disciplinaire est réparti entre lui et les juridictions.

De manière concrète, la procédure disciplinaire est peu explicitée dans la loi de 1883. Il est précisé que le Conseil supérieur de la magistrature ne pourra « statuer ou donner son avis

¹⁰²⁰ V. à ce sujet : Le II sur un système disciplinaire sous contrôle du pouvoir, p. 152.

¹⁰²¹ Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, JORF du 31 août 1883, n°237.

¹⁰²² Art. 13, *ibid.*

¹⁰²³ « À l'égard des premiers présidents, présidents de chambre, conseillers de la cour de cassation et des cours d'appel, des présidents, vice-présidents, juges, juges suppléants des tribunaux de première instance et de paix », Art. 14, *ibid.*

¹⁰²⁴ « Tous les pouvoirs disciplinaires dévolus à la cour de cassation ainsi qu'aux cours et tribunaux conformément aux dispositions de l'article 82 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X, du chapitre 7 de la loi du 20 avril 1810 et des articles 4 et 5 du décret du 1^{er} mars 1852 », *ibid.*

¹⁰²⁵ Y. DURAND, *La discipline des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Pedone, 1894, p. 156.

¹⁰²⁶ Cass. ch. Réunies., 21 juillet 1871 « Devienne », S. 1871.1.185.

qu'après que le magistrat aura été entendue ou dûment appelé »¹⁰²⁷. La procédure est tirée de celle telle que pratiquée dans les formes antérieures à 1883. Cette audition est décidée à la suite d'un réquisitoire du procureur général près la Cour de cassation¹⁰²⁸. Le magistrat inculpé est convoqué dans un délai de « huitaine », le prévenir des faits retenus contre lui, peut produire toute pièce en défense et le CSM a toute latitude pour les examiner¹⁰²⁹. Précédemment totalement libre¹⁰³⁰, la présence d'un avocat ou conseil pour le magistrat est toujours possible mais limitée aux avocats près le Conseil d'État ou Cour de cassation, remettant en cause le choix absolu du conseil¹⁰³¹. Les auditions et débats sont à huis clos et la publication est interdite sauf si autorisée par le conseil lui-même¹⁰³². Les décisions sont rendues à la majorité des voix¹⁰³³.

Les sanctions disciplinaires applicables par le CSM aux magistrats sont les mêmes que celles applicables dans le droit antérieur. La loi de 1810 avait établi de manière claire une échelle des sanctions. Par son article 50, les peines disciplinaires peuvent être la censure simple, avec réprimande, la suspension provisoire. La censure avec réprimande entraîne suspension du traitement pour un mois. La suspension provisoire entraîne la privation du traitement pour le temps de la suspension¹⁰³⁴. De plus, la déchéance ou suspension définitive du magistrat est possible par le truchement de la Cour de cassation¹⁰³⁵.

Une autre sanction disciplinaire est ajoutée par la loi de 1883. Le CSM serait amené à se prononcer via son avis conforme sur le déplacement du magistrat ou sur la mise d'office en retraite en cas d'infirmité grave ou permanente¹⁰³⁶.

Le système disciplinaire, celui de 1883 ou le précédent, conduit à considérer le magistrat, y étant soumis, à être responsable. L'inaMOVibilité comme protection du pouvoir politique n'est

¹⁰²⁷ Art. 16, *ibid.*

¹⁰²⁸ Art. 13, *ibid.*

¹⁰²⁹ Y. DURAND, *La discipline des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Pedone, 1894, p. 186.

¹⁰³⁰ Cass., 2 dec. 1847, S. 48.1.82.

¹⁰³¹ Cass. 27 juill. 1885, in E. FUZIER-HERMAN (dir.), « Discipline judiciaire », Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence, *Sirey*, T. XVII, 1899, p. 476.

¹⁰³² Y. DURAND, *La discipline des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Pedone, 1894, p. 191 ; l'arrêt de 1847 précité faisait également état que la Cour de cassation siégeait à huis clos en formation disciplinaire.

¹⁰³³ *Ibid.*

¹⁰³⁴ Art. 50, loi du 20 avril 1810, *Coll. Complète des lois*, T. 12, 1^{er} semestre, 1810, p. 291.

¹⁰³⁵ Art. 59, *ibid.*

¹⁰³⁶ Art. 15, Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, JORF du 31 août 1883, n°237.

pas un encouragement à l'irresponsabilité comme le relevaient et craignaient les parlementaires lors des débats de la réforme judiciaire¹⁰³⁷.

La loi de 1883 fait émerger un système unifié de discipline en captant toutes les compétences précédemment dévolues aux tribunaux et cours. Cette unification permet de grandes avancées dans le domaine disciplinaire par l'affermissement de la définition de la faute, de la déontologie ; deux éléments fondamentaux dans la quête de l'indépendance.

Jusqu'ici, le système semblait satisfaisant à plusieurs égards. Cependant, il manquait un élément central sous le système de 1810 qui se retrouve aussi en 1883. Il reste à évoquer le rôle du garde des sceaux dans une dernière partie sur les bienfaits atténués de cette avancée pour l'indépendance.

Cette loi remaniant la discipline s'inscrit dans un mouvement plus vaste de réflexion sur l'indépendance et la manière d'y parvenir. L'émergence de mécanismes comme le concours, une formation spécifique au magistrat, une garantie de carrière ou un pouvoir disciplinaire visent tous le même but ; l'indépendance de la magistrature du pouvoir politique sur des moments clefs pour cette dernière.

Néanmoins, ces mécanismes, semblant si essentiels, seront dénaturés par le pouvoir politique pour lui permettre de continuer sa domination. Ces mécanismes seront alors fortement freinés dans leur instauration, tendant à réduire leurs bénéfices pour la magistrature. Ils représentent une entrave à l'arbitraire du pouvoir politique. Ils lui font perdre la main sur la magistrature, une des branches de son pouvoir. Empêcher l'essor de ces mécanismes, c'est conserver une domination sur la magistrature. Dès lors, le pouvoir les adopte par nécessité et les dénature par choix. La puissance de l'indépendance emporte l'instauration de ces mécanismes mais la volonté de conservation de la dépendance oblige le pouvoir politique à les rendre les plus inopérants possibles.

¹⁰³⁷ Association française pour l'histoire de la justice, Collection histoire de la justice, *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la Magistrature*, N° 12, Paris, La Découverte, 2000, p. 173 – 174.

Section 2 : L'instauration freinée des mécanismes d'indépendance

Quand bien même des mécanismes fondamentaux dans la recherche de l'indépendance de la magistrature émergent, ils restent néanmoins fragiles. Ils souffrent toujours de faiblesses entretenues par le pouvoir politique. La compétence juridique, purement objective, est détournée (Paragraphe 1). Malgré les avancées notables sur la carrière et le pouvoir disciplinaire, on dénote une présence lancinante du pouvoir politique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une compétence juridique intégrée mais diluée

Le principe même du concours et de la formation des magistrats fut progressivement intégré et appliqué à la magistrature. Cependant, l'application concrète du concours (I) et de la formation professionnelle (II) reste éloignée de leur idéal théorique.

I : Du concours à l'examen professionnel

Si l'idée d'une nouvelle manière de recruter les magistrats est louable, cette dernière resta pendant longtemps à un stade de simple hypothèse et pour cause. Mettre en place un concours supposerait nécessairement l'abandon total par le pouvoir politique de son arbitraire et son rôle actif dans la composition de la magistrature. Dès lors, tout débat sur l'adoption d'un concours ou tout autre mode différent que celui du système des recommandations est longtemps considéré comme mort-né.

L'exemple le plus marquant de l'impossible débat autour du concours est celui qui s'est tenu dès février 1848 au début de la Seconde République¹⁰³⁸. Un premier projet décida de mettre en place un système complexe de présentation des candidats via des tableaux devant faire ressortir le mérite et le talent de ces derniers laissant la mainmise du pouvoir sur les nominations pour éloigner l'« effrayante perspective d'une élection des juges »¹⁰³⁹. Le garde des sceaux Marie maintenait le projet d'un système de présentation des magistrats. Au début de l'année 1849, un rapport de la commission faisait sortir un projet favorable à l'instauration d'un concours. Le projet Marie sur la présentation des magistrats ayant été rejeté, Odilon Barrot déposait un projet

¹⁰³⁸ Voir à ce sujet : C. FILLON, *op. cit.*, p. 29 – 31.

¹⁰³⁹ J. KRYNEN, *op. cit.*, p. 98.

reprenant celui de 1849 sur le concours. Ce projet n'a jamais été discuté, toute réforme du recrutement de la magistrature a été abandonnée.

Cet épisode riche à propos d'une réforme du recrutement aboutissant à un échec est révélateur de l'opposition entre une montée de l'idée d'un changement de recrutement s'opposant à une volonté ferme de ne rien vouloir ou pouvoir changer. Si le système de recrutement par recommandations possède un effet vertueux et pervers qui s'auto alimente, il empêche, de facto, tout changement radical. Le principal effet pervers est la mise sous contrôle de la magistrature. Dès lors, abandonner ce système reviendrait pour le pouvoir politique à perdre tout contrôle sur la composition de la magistrature.

Le passage à un concours reviendrait à faire passer le pouvoir politique d'un rôle actif à un rôle passif dans le recrutement. La raison insidieuse de l'échec du projet de concours de 1849 est bien la volonté de conserver le contrôle de la magistrature empêchant alors une réforme du recrutement¹⁰⁴⁰. Cet échec démontre l'ancrage progressif d'une idée de concours qui commence à s'imposer dans les esprits sans pour autant trouver à s'appliquer réellement. L'hostilité patente du pouvoir politique à l'égard de toute velléité de changement sur ce point rend dès lors caduque tout projet d'instauration d'un concours.

Lors de la nouvelle République, la question du recrutement des magistrats ne tardera pas à refaire surface¹⁰⁴¹. Dès 1869, plusieurs magistrats évoquent à nouveau l'idée de l'instauration d'un concours d'entrée à la magistrature¹⁰⁴². En 1871, un de ces magistrats devenu député dépose à l'Assemblée Nationale un projet de concours. Il s'avérera que ces propositions ne seront jamais examinées réellement entraînant un « enlisement parlementaire »¹⁰⁴³.

Afin d'éviter une telle situation, le garde des sceaux, par voie réglementaire, instaura en deux temps le premier concours d'entrée de la magistrature. Par deux décrets des 10 octobre 1875 et 29 mai 1876¹⁰⁴⁴, Jules Dufaure créa le premier concours d'entrée de la magistrature, traduisant « une idée qui a fait son chemin à travers une réforme manquée »¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁰ « Ce mode de recrutement allait trop à l'encontre à l'encontre de majorités toujours soucieuses de préserver leur contrôle politique de l'évolution du corps judiciaire », *ibid.*

¹⁰⁴¹ Voir à ce sujet, C. FILLON, *Devenir juge, op. cit.*, p. 38 et s.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 99.

¹⁰⁴³ J-P. ROYER, *Histoire de la justice, op. cit.*, p. 719.

¹⁰⁴⁴ Décret du 29 mai 1876 portant règlement d'administration publique concernant l'institution des attachés à la Chancellerie et aux parquets, *Duvergier.*, T. 76, 1876, p. 128 et s.

¹⁰⁴⁵ V. à ce sujet : J. POUMARÈDE, « Jules Dufaure et les premiers concours de la magistrature (1875 – 1878) », in DEPERCHIN A., DERASSE N., DUBOIS B. (mise en scène par), *Figures de justice : études en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, Lille, CHJ, 2004, p. 375 – 395.

Cependant, cette première tentative est assez limitée et connaît un champ d'application assez restreint. En effet, ce n'est pas réellement un concours d'entrée à la magistrature mais l'objet du décret de 1875 concerne uniquement le recrutement par concours des attachés au parquet, assimilable à des apprentis magistrats¹⁰⁴⁶. Ce décret de 10 octobre 1875 valide l'institution des attachés au parquet et de créer un concours comme « barrière d'accès à ces fonctions [...] pour constituer un vivier de magistrats potentiels qui n'aurait aucune certitude légale d'accéder finalement à la magistrature »¹⁰⁴⁷ laissant ce choix d'intégration ou non de la magistrature au garde des sceaux. Ce premier concours n'est organisé que dans le ressort de la cour d'appel de Paris. Par la suite, ce concours connaissait un certain succès sans toutefois faire l'unanimité auprès de tous les magistrats¹⁰⁴⁸ et était validé par le décret du 29 mai 1876.

En parallèle à ce succès naissant mais résolument fragile, la volonté du seul garde des sceaux Dufaure ne pouvait suffire à pérenniser la brèche du concours qu'il a lui aussi ouverte au forceps par décret. Après deux années d'expérience relativement concluante, ce concours balbutiant n'a pas résisté à un changement de politique. En effet, en 1879 et 1880, deux nouveaux gardes des sceaux, Le Royer et Cazot, n'ont pas fait application du décret de 1876 et n'ont donc pas créé de concours ces années-là¹⁰⁴⁹. Dès lors, l'expérience Dufaure prendra fin par extinction.

La raison sous-jacente de l'abandon de cette expérience et, in fine, du concours est la volonté de reprise en main de la magistrature, car « l'existence d'un concours annuel fait en effet obstacle au désir des nouveaux maîtres du pouvoir de renouveler de fond en comble le corps judiciaire »¹⁰⁵⁰. Ainsi, la République va suspendre la pratique du concours pour épurer la magistrature en brandissant l'alibi de la volonté d'instaurer l'élection des juges pour républicaniser la magistrature¹⁰⁵¹. De cette suppression du concours au nom de la République, il en ressort nécessairement une contradiction entre un objectif louable et une méthode qui l'est beaucoup moins. Si le concours provient d'une inspiration républicaine au sens large, le supprimer au nom de la République n'a pas de sens. De plus, le concours tel que prévu par

¹⁰⁴⁶ « L'institution des attachés au parquet, des tribunaux de première instance comme à ceux des cours d'appel, est une institution coutumière créée sous la Restauration. Pour prétendre à cette fonction, ils devaient être avocats inscrits au tableau ou tout au moins admis au stage et ils pouvaient être placés dans la magistrature s'ils s'en rendaient dignes par leur conduite et leur travail », C. FILLON, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

¹⁰⁴⁸ « Si les procureurs généraux d'Agen, d'Aix, de Bastia, de Besançon, de Montpellier et Poitiers s'étaient déclarés favorables à l'instauration du concours pour la sélection des attachés, tous les autres émettaient des réserves », *ibid.*, p. 40 ; « L'expérience continua à fonctionner pendant deux ans, Des concours furent ouverts, localement, à Caen et Toulouse, qui donnèrent d'heureux résultats », p. 41.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰⁵⁰ J. KRYNEN, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

Dufaure ne concernait qu'une part infime de recrutement qui ne portait pas directement sur la magistrature en tant que telle. L'expérience Dufaure ne concerne que des attachés aspirant à devenir potentiellement magistrat sur décision de garde des sceaux. Dès lors, sa conservation n'avait qu'un effet limité sur la masse entière du corps de la magistrature. En revanche, sa suppression envoie un signal très négatif à l'encontre du concours, que l'on considère toujours comme bloquant, paralysant l'action du pouvoir politique.

La greffe du concours au sein de la magistrature par cette toute petite touche semblait prendre de l'ampleur mais la volonté du pouvoir politique prend le dessus. Il peut être concevable de penser également que si la tentative Dufaure était en train de faire des émules, « la république opportunistes »¹⁰⁵² n'a pas souhaité que la greffe prenne trop vite ce qui aurait conduit à perdre le rôle actif du pouvoir politique dans le recrutement des magistrats.

Si la tentative de Dufaure d'instaurer un concours par la force du décret est un échec, une nouvelle tentative d'instauration du concours de la magistrature se fera plutôt par effraction.

Si l'on considère que Dufaure a tenté d'instaurer un embryon de concours au sein de la magistrature par un coup de force, la tentative de 1906 relève plus nettement de la surprise. En effet, la loi du 17 avril 1906¹⁰⁵³ sur le budget de l'année 1906 comporte en son sein un article 38 considéré comme un cavalier législatif¹⁰⁵⁴.

Cet article assez court, coincé entre un changement d'organisation sur une division du ministère de la Justice relatif à la compatibilité et un autre précisant l'assistance médicale gratuite, n'a rien d'anodin au contraire puisqu'il vient de réinstaurer le principe du concours au sein de la magistrature malgré une formulation prudente et obscure qui sera précisée par la suite. Véritable cavalier législatif, le nouveau concours dessiné par la loi de 1906 sera complété par le décret Sarrien¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵² Appellation pour désigner le courant politique arrivé au pouvoir au début des années 1880 et comprenant les gardes des sceaux Le Royer et Cazot. V. à ce sujet : G. ANTONETTI, *Histoire contemporaine politique et sociale*, 8^e éd., Paris, PUF, 1999, p. 329 et s.

¹⁰⁵³ Loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, JORF du 16, 17 et 18 avril 1906, n°105, p. 2197 et s.

¹⁰⁵⁴ « Jusqu'à la promulgation d'une loi organique sur les conditions de nomination et d'avancement dans la magistrature, un règlement d'administration publique, rendu en exécution de la présente loi dans les trois mois qui suivront sa promulgation, fixera des garanties spéciales de capacités professionnelles pour les candidats aux fonctions judiciaires et instituera pour les magistrats un tableau d'avancement », article 38, *ibid.*

¹⁰⁵⁵ Décret du 18 août 1906 portant fixation des garanties spéciales de capacité professionnelle pour les candidats aux fonctions judiciaires et instituant pour les magistrats un tableau d'avancement, JORF du 21 août 1906, n°225, p. 5861 et s.

Il pose les bases du concours d'entrée à la magistrature. Ainsi, il définit les personnes pouvant se présenter au concours¹⁰⁵⁶, les conditions pratiques d'organisation du concours, la composition du jury et les épreuves tant écrites qu'orales « destinées à constater que les candidats possèdent les connaissances théoriques et pratiques indispensables à l'exercice des fonctions judiciaires »¹⁰⁵⁷. Ces épreuves écrites sont des questions de droit civil ou criminel et de pratique judiciaire. Ces épreuves sont communes à tous les candidats et effectués le même jour¹⁰⁵⁸. Les candidats admis par liste à l'écrit passeront des épreuves orales qui comprendront des réquisitoires ou conclusions en droit civil ou criminel et des interrogations sur des questions d'administration judiciaire¹⁰⁵⁹. Les candidats ayant réussi les épreuves écrites et orales seront inscrits sur un tableau afin d'intégrer la magistrature¹⁰⁶⁰.

Il est à noter que l'article 14 de ce décret prévoit l'intégration directe au sein de la magistrature « des membres du conseil d'État, les professeurs et les agrégés des facultés de droit de l'État, des magistrats des cours et tribunaux des colonies et d'Égypte après cinq années d'exercice, les membres du conseil de préfecture de la Seine après 3 ans d'exercice, des autres préfectures après 10 ans, et les avocats après 10 ans d'exercice également »¹⁰⁶¹. Cet article novateur préfigure des voies latérales d'intégration à la magistrature présentes dans l'ordonnance statutaire de 1958. Ce décret reprend en tout point la pensée originelle du concours telle que développée par Foucart en 1835 où il doit permettre de choisir les magistrats les plus capables au détriment de ceux qui ont simplement les faveurs du pouvoir par de bonnes relations et sera une inspiration majeure de ce que sera le concours de la magistrature de notre époque.

D'une théorie parfaitement aboutie, ce concours n'aura pas l'effet escompté en pratique car la première année du concours fut un échec retentissant puisque il ne « put avoir lieu faute de candidat »¹⁰⁶². L'absence tient compte de deux facteurs : l'absence de traitement pour les juges suppléants et l'entretien par le pouvoir politique du manque d'attrait par des nominations massives avant le concours¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁶ Les docteurs et licenciés en droit sous les conditions de la loi du 20 avril 1810 ayant effectué un stage d'un an dans une juridiction, ou un stage d'un an dans une étude d'avoué, tout lauréat de l'Institut ou d'une faculté de droit, Art. 2, décret du 18 août 1906, *ibid.*

¹⁰⁵⁷ Article 7, *ibid.*

¹⁰⁵⁸ Article 8 et 9, *ibid.*

¹⁰⁵⁹ Article 10 et 11, *ibid.*

¹⁰⁶⁰ Article 13, *ibid.*

¹⁰⁶¹ Article 14, *ibid.*

¹⁰⁶² J-P. ROYER, *Histoire de la justice, op. cit.*, p. 722.

¹⁰⁶³ « Le décret sur la magistrature [décrets Sarrien-Briand] », *Gazette des tribunaux*, 27 février 1908.

Le manque d'attractivité du premier poste accessible après ce, si difficile, concours anéantit l'effort considérable et louable d'instauration. Le passage d'un système de recrutement où l'incapable avait un véritable poste de magistrat vers un système où le capable ne peut en avoir ne peut être viable. La brillante théorisation du concours ne permet pas de passer sous silence l'échec de sa mise en œuvre¹⁰⁶⁴.

Le concours prévu par le décret Sarrien était peut-être trop ambitieux, trop sophistiqué (puisqu'il sera repris en grande partie par notre concours actuel) comme première véritable tentative d'instauration du concours. L'expérience Dufaure connaissait un succès plus franc malgré son champ extrêmement restreint. Le basculement était sûrement trop brutal pour la magistrature qui n'a pas su organiser la « sortie » de concours pour être à la hauteur du concours lui-même.

Un décret du 13 février 1908¹⁰⁶⁵ dit « décret Briand » transformera le concours en un simple examen professionnel¹⁰⁶⁶ du fait de l'impossibilité pratique de le mettre en œuvre mais surtout à cause « d'une classe politique frustrée du système des recommandations »¹⁰⁶⁷ qui pilonnait sans cesse le projet Sarrien jusqu'à obtenir sa suppression¹⁰⁶⁸. Un dernier décret de 1924¹⁰⁶⁹ viendra simplement préciser que la liste des magistrats reçus à l'examen professionnel « est dressée par ordre de mérite »¹⁰⁷⁰ au lieu d'être dressée par ordre alphabétique comme prévu en 1906.

L'idée du concours développé par Foucart en 1830 a connu de fortes secousses, des silences assourdissants, des échecs cuisants pour n'aboutir seulement qu'à un simple examen professionnel.

Si notre œil contemporain trouve que la théorisation du concours par Foucart de 1830 est prophétique et que le décret Sarrien possède une force d'inspiration géniale, il n'en reste pas moins qu'au XIX^{ème} siècle l'idée du concours ne possédait pareille force.

¹⁰⁶⁴ « Ce qui échappa à nombre de commentateurs et même à certains historiens de la justice, obnubilés qu'ils étaient par le triomphe de la démocratisation du corps que représentaient à leurs yeux le décret Sarrien », J-P. ROYER, *op. cit.*, p.722.

¹⁰⁶⁵ Décret du 13 février 1908 portant règlement d'administration publique sur le recrutement et l'avancement des magistrats, JORF du 18 février 1908, n° 48, p. 1279 et s.

¹⁰⁶⁶ L'article 7 du décret de 1908 modifiera celui de 1906 assouplissant les conditions d'examens pour ne plus exiger qu' « une seule épreuve écrite et des épreuves orales » sans autre précision.

¹⁰⁶⁷ J. KRYNEN, *op. cit.*, p. 100.

¹⁰⁶⁸ Voir à ce sujet, J-P. ROYER, *Histoire de la justice, ibid.*, p. 723 et s.

¹⁰⁶⁹ Décret du 8 juillet 1924 modifiant l'article 11 du décret du 13 février 1908 sur le recrutement des magistrats, JORF du 11 juillet 1924, n°187, p. 6194.

¹⁰⁷⁰ Art. 1, *ibid.*

Le facteur bloquant tout changement vers un concours est le pouvoir politique. Le concours présuppose un transfert de la compétence du choix du magistrat. Le système de recrutement-nomination par le biais des recommandations permettait au pouvoir politique de disposer d'un rôle actif dans le recrutement et donc dans la formation de la magistrature. Dès lors, le pouvoir politique disposait de la magistrature qu'il souhaitait. Le concours permettait d'effectuer un tri entre les capables et les incapables pour que ne soient nommées, in fine, que les capables. Seulement, les capables ne peuvent valablement former la magistrature que souhaitait le pouvoir politique car le critère discriminant de la compétence importe peu pour lui et qu'il perdait son rôle actif dans ce choix.

Le recrutement du capable devait effacer le choix du préféré mais il ne pouvait se faire si rapidement, puisque la conception du système des recommandations portait sur l'influence qui était transmis par le pouvoir politique. Le choix par concours est la négation de l'influence. Le blocage est fort puisque le pouvoir politique n'avait aucune intention d'abandonner cette prérogative de choix et de contrôle.

Les premiers concernés par un changement de mode de recrutement restent les magistrats et le corps de la magistrature. Dès les premières suggestions d'un concours en 1830, les magistrats restent farouchement opposés à cette transformation. Ce n'est qu'aux prémices de la III^{ème} république, qu'ils deviennent de plus en plus favorables au concours¹⁰⁷¹. Ce basculement observé de la magistrature influant nécessairement sur le débat autour du concours permettra de voir naître les premières tentatives de concours. La raison de cette crainte du concours par la magistrature des années 1830 à 1870 peuvent être multiples. En effet, si les magistrats sont réfractaires à un changement de mode de recrutement, c'est que le mode actuel leur convient. Il convient à la notabilité pour garantir son hégémonie au sein de la magistrature.

Concevoir un changement de mode de recrutement passe nécessairement par l'adhésion à ce changement des magistrats. Cette adhésion progressive est rendue possible par l'essoufflement du système arbitraire de recrutement face aux idées républicaines et d'une « magistrature républicaine »¹⁰⁷² qui s'affirme de plus en plus.

Changer de mode de recrutement, c'est changer les magistrats à court terme et la magistrature à long terme.

¹⁰⁷¹ « Par rapport aux années 1830-1870, les magistrats capables de militer pour en faveur du concours se sont montrés bien plus nombreux », J. KRYNEN, *op. cit.*, p. 101.

¹⁰⁷² J-P. ROYER, *ibid.* p. 725.

II : Le détournement de la formation des magistrats

La volonté louable de créer l'auditorat judiciaire en tant que précurseur de la formation des magistrats a été trahie par des causes qui lui sont endogènes. Le noviciat judiciaire contient en son sein les causes de son échec.

Sous la monarchie de Juillet, une loi du 30 décembre 1830¹⁰⁷³ viendra mettre un terme à l'innovation impériale. Si les juges auditeurs sont purement et simplement supprimés, les conseillers auditeurs ne seront plus nommés revenant ainsi à une suppression par extinction.

Au-delà d'une suppression quasi immédiate de l'auditorat et la fin de l'embryon de formation des magistrats, il convient d'en évoquer les causes.

L'une des premières causes de son échec provient de son utilisation ; tantôt modeste tantôt excessive. Bien que l'auditorat connaissait une mise en œuvre satisfaisante dans l'optique de créer une école de la magistrature, son nombre d'utilisation ne trouva pas de juste milieu qui aurait dû la rendre pérenne. Il est fait état que derrière la volonté affirmée de formation des magistrats par l'Empire, le pouvoir politique « n'avait d'ailleurs pratiquement pas usé de cette faculté de recrutement »¹⁰⁷⁴. Il peut sembler étrange une telle disparité entre une intention forte et une mise en œuvre concrète quasi nulle sur cet auditorat. Ce qui est encore plus étrange, c'est que cet auditorat connaîtra un regain d'intérêt dès 1823 sous la restauration.

À travers une ordonnance royale en date du 19 novembre 1823¹⁰⁷⁵, la Restauration reprend le concept napoléonien. Cette ordonnance estima que « l'expérience a fait reconnaître la nécessité de perfectionner l'institution des conseillers auditeurs »¹⁰⁷⁶. Dès lors, elle réaffirmera le rôle étendu des conseillers auditeurs en précisant qu'un tiers au minimum et la moitié au maximum seront attachés au parquet. En son article 9, cette ordonnance prévoit que les juges auditeurs peuvent être placés près des tribunaux de première instance « quel que soit le nombre de juges ». On peut noter ici un changement notable par rapport aux décrets de 1808 et la loi de 1810 qui prévoyaient ce placement seulement dans les tribunaux de trois juges.

¹⁰⁷³ Loi du 30 décembre 1830 qui supprime les juges auditeurs et statue sur les conseillers auditeurs et les juges suppléants, in J-C- M.G. DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Aix, Imprimerie de F.VITALIS, 1853, p. 55.

¹⁰⁷⁴ J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, op. cit., p. 655.

¹⁰⁷⁵ Ordonnance du Roi du 19 novembre 1823 qui règle le service des conseillers auditeurs dans les cours royales et dans les tribunaux de première instance, et contient des dispositions relatives aux juges auditeurs, in J-C- M.G. DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Aix, Imprimerie de F.VITALIS, 1853, p. 52 et s.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*

Conséquence de cette reprise en main de l'auditorat, la Restauration abusera de cette faculté « jusqu'à encombrer les tribunaux »¹⁰⁷⁷. La raison sous-jacente à cette explosion de l'utilisation de l'auditorat est le rapport entre la simplicité des conditions de recrutements demandées au sein de cette « formation » et le rôle important dont dispose ces juges et conseillers auditeurs. Le pouvoir politique dispose d'un outil efficace non plus pour former les futurs magistrats mais pour avoir au sein des tribunaux des juges et conseillers auditeurs dociles et favorables au pouvoir en place¹⁰⁷⁸. Le dessein originel du noviciat est perverti par une utilisation abondante et totalement déconnectée de son but initial. Cette volonté de mainmise du pouvoir politique sur ce corps apparaît au grand jour sur les conditions de recrutement mais surtout d'avancement. En effet, ces deux aspects fondamentaux de l'auditorat judiciaire sont soumis à une dépendance totale du bon vouloir du pouvoir politique. L'usage trahira une idée prometteuse et assurément d'avenir. Le législateur de 1830 appréhendera toutes ces difficultés pour constater la nécessité de suppression de l'auditorat impérial.

Malgré son échec, le besoin de formation des magistrats est toujours prégnant. Pour répondre à cette exigence de formation des magistrats via un premier poste, il sera utilisé un autre mécanisme qui n'était pas originellement prévu pour cela.

Après la suppression de l'auditorat judiciaire et pour répondre à un besoin de formation, la place vacante sera comblée par le mécanisme de la suppléance.

La loi du 28 ventôse an VIII (18 mars 1800) dispose en son article 12 que « les suppléants n'auront point de fonctions habituelles ; ils seront uniquement nommés pour remplacer momentanément, selon l'ordre de leur nomination, soit les juges, soit les commissaires du gouvernement »¹⁰⁷⁹. Il ressort très clairement que la suppléance telle que définie par cette loi n'a pas d'autres buts que de permettre un remplacement ponctuel et limité dans le temps d'un magistrat.

La mission première de la suppléance ne fait pas de doute, cependant ce mécanisme très spécifique connaîtra une extension sans précédent pour venir combler le vide laissé par l'auditorat. Ce statut ponctuel et provisoire prendra une place de plus en plus importante au sein de la magistrature. Un décret du 1^{er} mars 1852 dispose que « à l'avenir, les fonctions de juge

¹⁰⁷⁷ Encombrement des tribunaux malgré une autre ordonnance des 11 et 23 février 1824 qui limita le nombre de juges auditeurs ne pouvant excéder le double du nombre des tribunaux de première instance, in J-C- M.G. DU BEUX, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁷⁸ J-P. ROYER, *op.cit.*

¹⁰⁷⁹ Loi du 28 ventôse an VIII sur l'organisation des tribunaux, in J-C- M.G. DU BEUX, *op. cit.*, p. 41.

d’instruction pourront être conférées aux juges suppléants près les tribunaux de première instance »¹⁰⁸⁰ confirmée par une loi du 17 juillet 1856¹⁰⁸¹. L’extension se poursuivra avec la loi du 30 août 1883 disposant par exemple que « un juge suppléant pourra [...] remplir les fonctions du ministère public »¹⁰⁸².

Cette extension de la suppléance est galopante puisqu’ « à partir de la loi du 30 août 1883, les fonctions de juges suppléants, jusque-là exceptionnelles, les rendit à peu près permanentes »¹⁰⁸³. Petit à petit, la suppléance comme simple palliatif des manques ponctuels de magistrat est devenue un vivier de magistrats important et considérée comme le premier poste de magistrat. Dès lors, la suppléance se retrouve dévoyée et bien éloignée de son objectif premier. Elle est utilisée pour le besoin du noviciat judiciaire, de premier poste d’apprentissage des magistrats.

La suppléance en tant que placebo de l’auditorat judiciaire n’est pas satisfaisant au regard de son objectif, celui de former des magistrats. En effet, si la suppléance est à l’origine un remplacement de magistrat, l’utiliser comme premier poste revient à ce que le suppléant soit déjà magistrat. La notion de formation du magistrat est inexistante au sein de la suppléance, le magistrat suppléant est déjà, in fine, un magistrat. Elle ne remplit pas le même office que l’auditorat judiciaire qui malgré ses défauts permettaient de prendre en compte la nécessité de formation. Malgré son inadaptation, la suppléance remplacera l’auditorat en tant que noviciat judiciaire, à qui ce rôle seyait à merveille.

L’échec de l’auditorat judiciaire et l’inadaptation de la suppléance n’entament en rien l’idée bénéfique d’une véritable formation des magistrats. Cependant, le contexte de la magistrature au XIXème rend impossible toute formation efficiente du futur magistrat.

Fondamentalement, le concept de formation des magistrats est essentiel et s’imposera réellement que bien plus tard. Au XIXème siècle, sa conception à travers l’auditorat et la suppléance rend la formation inutile car elle ne peut avoir l’amplitude nécessaire pour réellement former les futurs magistrats.

¹⁰⁸⁰ Décret du 1^{er} mars 1852 portant qu’à l’avenir les fonctions de juge d’instruction pourront être conférées aux juges suppléants près les tribunaux de première instance, *Duvergier*, T. 52, 1852, p. 146.

¹⁰⁸¹ Art. 56, Loi du 17 juillet 1856 qui modifie plusieurs dispositions du Code d’instruction criminelle, *Duvergier*, T. 56, 1856, p. 400.

¹⁰⁸² Art.6 de la loi du 30 août 1883 sur la réforme de l’organisation judiciaire, JORF du 31 août 1883, n°237.

¹⁰⁸³ M. ROUSSELET, *op. cit.*

Le noviciat judiciaire affaiblit nécessairement la magistrature. Les juges et conseillers auditeurs ne sont pas tout à fait des magistrats puisqu'ils sont soumis à des contraintes inhérentes à la volonté de formation à savoir la voix délibérative par exemple. Cependant, comme l'auditorat est intégré directement au sein de la magistrature, et qu'ils exercent des fonctions de magistrats ; ils sont tout de même un peu magistrat. Ce mélange des genres et des statuts tend à faire perdre toute utilité à l'auditorat sur son objectif principal.

Le constat est encore plus net pour la suppléance. Puisqu'elle permet en théorie de seulement remplacer temporairement un magistrat, le juge suppléant est déjà un juge. Dès lors, le besoin de formation contenu au sein du noviciat judiciaire est caduc car il semble inutile de former un magistrat à la fonction puisqu'il l'est déjà.

De plus, le principe d'inamovibilité est applicable à ces magistrats théoriquement novices et en formation, ce qui prouve à nouveau l'inutilité manifeste de la formation dans ce cadre très particulier. Concernant le statut spécifique des conseillers auditeurs, une décision de la Cour de cassation du 10 mars 1829 estima que l'inamovibilité s'appliquait également à ces derniers et supprima donc d'office le noviciat dans son utilité¹⁰⁸⁴. Le même constat peut être fait pour les juges suppléants¹⁰⁸⁵.

Le concept de noviciat, prévoyant une formation du magistrat avant tout exercice, est biaisé puisque de facto en lui octroyant l'inamovibilité il dispose d'emblée d'un attribut essentiel du magistrat titulaire. Dès lors, peu importe que l'apprenti magistrat se soit révélé comme inapte à la fonction puisqu'il ne peut être déplacé. La formation dans ces conditions perd tout son sens et toute son efficacité. L'ensemble de ces critiques sur le seul noviciat judiciaire prévu comme tel ou sur son étrange substitut qui ne permet pas de résoudre les problèmes existants, l'idée de formation du magistrat ne faiblira pas.

La recherche d'un noviciat effectif, plein et entier n'est en rien entamée par l'échec de l'auditorat et le dévoiement de la suppléance. Des projets de réinstauration d'un véritable noviciat judiciaire voient le jour, dont un particulièrement en 1842.

Dans son ouvrage *Du noviciat judiciaire*, Bonnier vante les mérites de ce nouveau projet¹⁰⁸⁶ visant à la création d'un véritable noviciat judiciaire. En effet, il expose que le noviciat est une

¹⁰⁸⁴ BONNIER, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁸⁵ « Etrange noviciat, en effet, que celui qui confère l'inamovibilité au juge suppléant », J-C- M.G. DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Aix, Imprimerie de F.VITALIS, 1853, p. 26.

¹⁰⁸⁶ BONNIER, *op. cit.*, p. 24 – 40.

nécessité et une volonté partagée par l'ensemble des acteurs de la magistrature¹⁰⁸⁷ tant le pouvoir politique que les magistrats ce qui semble être un terrain propice à la discussion sur un sujet si sensible à contrario des débats sur le concours par exemple. Il expose également l'opinion de la commission vis-à-vis de ce projet de loi. Ce projet de loi entend reprendre les bases posées par l'auditorat impérial tout en y expurgant les défauts manifestes de ce dernier. Ce nouvel auditorat (en supprimant le terme judiciaire) prévoit l'intégration d'auditeurs. Bonnier estime que le terme juges auditeurs créa une confusion certaine sur le rôle de l'auditorat, qu'ainsi « le système proposé ne trouve aucune trace du vice qui a si justement décrié l'institution des juges auditeurs »¹⁰⁸⁸.

Ces auditeurs, à la différence de leurs prédécesseurs, n'auront que voix consultative pour que les justiciables « ne craignent point ainsi leur inexpérience »¹⁰⁸⁹. Bonnier estime également que les auditeurs doivent avoir une position claire, un traitement et que l'auditorat ne doit pas se transformer en une position permanente. Il conclut avant de présenter le projet que « c'est la première fois que l'idée d'une préparation à la magistrature se présente bien nette, bien détachée »¹⁰⁹⁰.

Le projet de noviciat de 1842 prévoyait qu'un maximum de 150 auditeurs pouvait être nommés et que « l'auditorat est destiné à devenir l'école normale » des magistrats¹⁰⁹¹. Il prévoit les conditions pour être admissibles aux places de judicatures. Ainsi, les juges de paix licenciés en droit après deux ans d'exercice de leurs fonctions, les avocats qui auraient été auditeurs, après trois années d'auditorat, les avocats, après deux ans d'exercice réel de leur profession, les greffiers après six ans et les notaires après huit ans. Bonnier relève que l'expérience professionnelle joue un rôle important pour garantir la réussite de l'auditorat selon la profession.

Les auditeurs siégeront à l'audience, participeront à toutes les délibérations qu'avec voix consultative. Après un an d'auditorat, ils pourront remplir les fonctions du ministère public aux audiences civiles et correctionnelles. Bonnier précise que « s'ils ne doivent pas juger, ils seront du moins appelés à provoquer les décisions judiciaires »¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁷ « Le vœu exprimé au sein de cette chambre ; vœu auquel la cour de cassation et la grande majorité des cours royales ont donné leur plein assentiment », in BONNIER, *ibid.*, p. 24.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 29.

Le projet prévoit également les conditions d'aptitude pour être nommé auditeur. L'auditeur doit avoir entre 22 et 26 ans, pour éviter « d'arriver au noviciat top tôt avant que la raison soit murie, ni trop tard alors qu'on doit avoir assez d'expérience pour aspirer à une position définitive »¹⁰⁹³. Il est également exigé un stage d'une durée d'un an comme prévu par le projet ou de deux ans comme préconisé par la commission.

Bonnier expose le volet nomination et révocation des auditeurs au sein de ce nouveau système de noviciat. La nomination des auditeurs appartient au Roi. Cependant, la commission et Bonnier évoquent la possibilité de ne pas confier le choix des auditeurs uniquement au ministre de la Justice mais d'incorporer à ce choix les magistrats par un système de liste. Ce système de liste n'ayant malheureusement pas été retenu par le projet de loi. Le choix des auditeurs suivra les formes prescrites de la technique de recrutement – nomination étudiée précédemment avec tous les aspects positifs et négatifs qu'elle comporte. Bonnier estime « qu'il n'est pas possible d'approuver la nomination directe des auditeurs par la Chancellerie »¹⁰⁹⁴

Concernant la révocation, « on sent que nous sommes encore moins disposés à admettre que le garde des sceaux puisse les révoquer à volonté »¹⁰⁹⁵. Par cette formule, Bonnier entend désapprouver une telle faculté. S'il repousse l'idée de l'inamovibilité des auditeurs car non magistrat, il estime qu'il peut exister « un intermédiaire entre l'inamovibilité et la révocabilité ad nutum » sans pour autant en proposer un. Il pose simplement l'idée qu'un auditeur dépendant du pouvoir central pouvant être révoqué sans justification sérieuse est une « triste éducation ».

Le projet de loi prévoit que l'auditorat ne doit être que temporaire, pour une durée maximum de 5 ans. Bonnier estime que le caractère temporaire de l'auditorat est une nécessité sans quoi le concept de formation n'aurait pas de sens s'il durait indéfiniment.

Pour conclure son brillant exposé sur ce projet de noviciat, Bonnier réaffirme l'utilité de la formation des magistrats, repoussant la pratique impériale et celle de la suppléance précisant que « ce qui est essentiel pour que l'auditorat soit accueilli avec faveur par le pays, c'est qu'on ne puisse y voir, même à tort, un instrument politique » et que « l'intervention de la magistrature locale dans la nomination et dans la révocation des candidats nous semble le meilleur moyen d'assurer l'avenir d'une institution précieuse »¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, p. 30.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 37.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 39 et 40.

Il semble prendre la pleine mesure des critiques faite aux tentatives de noviciat antérieures. Cependant, Bonnier pointe le rôle du pouvoir politique au sein de l'auditorat qui empêche toute formation efficiente. En creux, sa critique de la capacité de nomination et de révocation par le pouvoir politique peut largement s'appliquer en premier lieu à la pratique contemporaine de la suppléance et en second lieu à la nomination par recommandation. Néanmoins, ce projet contient des dispositions tout à fait viables comme la fixation d'un quota maximum d'auditeur, la clarification de son statut abandonnant une certaine confusion avec les magistrats qui auront un avenir certain. Ce projet ambitieux ne connaîtra pas de lendemains heureux, puisqu'il restera lettre morte au profit de la poursuite et de l'amplification du dévoiement de la suppléance.

Une autre tentative aura lieu en 1875 lors du projet Dufaure en même temps que le concours. En effet, ce premier concours n'était prévu que pour les attachés aux parquets « qui étaient censés faire un noviciat judiciaire, avant d'entrer dans la magistrature »¹⁰⁹⁷. Ce besoin de formation adjointe au recrutement ressort d'emblée car « la nomination devrait se combiner avec le concours et le noviciat judiciaire, tels qu'ils sont appliqués en Italie, en Prusse et dans l'Empire d'Allemagne. On évite ainsi les magistrats incapables ou improvisés »¹⁰⁹⁸. Le sens profond de cette formule est la refonte du processus de mise en place de la magistrature. En distinguant le recrutement, la formation et la nomination, cela permet d'assurer une véritable formation des magistrats et d'éviter tous les écueils des tentatives vues précédemment.

Que ce soit la suppléance ou l'auditorat judiciaire, ces deux formes de noviciat n'ont pas le caractère de pré requis, d'obligation absolue pour entrer dans la magistrature. Cette absence de force donnée à la formation ne lui permet pas de prendre son véritable envol.

Seule une réelle désynchronisation de la formation professionnelle vis-à-vis du recrutement et de la nomination permettra la création d'une véritable école, seule capable d'assurer une formation efficiente des magistrats.

¹⁰⁹⁷ A. SAINT GIRON, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881, p. 415.

¹⁰⁹⁸ A. SAINT GIRON, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881, p. 438.

Paragraphe 2 : Une pérennité de la magistrature toujours fragile

À l'instar des mécanismes garantissant la compétence juridique du magistrat, ceux garantissant la pérennité du magistrat reste sous influence. En effet, tant le tableau d'avancement (I) que le pouvoir disciplinaire (II) restent sous le contrôle du pouvoir politique annihilant tout effet positif de ces derniers.

I : Un tableau d'avancement en trompe l'œil

Le tableau d'avancement connaîtra sa véritable introduction au sein de la magistrature par le décret Sarrien¹⁰⁹⁹ de 1906 pris en application de la loi d'avril 1906¹¹⁰⁰ utilisé aussi pour introduire cavalièrement le concours.

Dans sa première partie, il précisera le contenu du premier concours d'entrée de la magistrature. Ce décret contient également un titre II « du tableau d'avancement » qui impose en son article 15 qu' « aucun magistrat des cours et tribunaux ne peut être promu soit à une classe plus élevée soit à un poste comportant une augmentation de traitement sans avoir été préalablement inscrit au tableau d'avancement »¹¹⁰¹.

Construit sur le modèle Flandier/Trarieux ; il en reprend les principales caractéristiques. Les chefs des Cours d'appel, après avis des présidents et des procureurs des tribunaux, envoient leurs propositions d'avancement au garde des sceaux¹¹⁰² après un exercice minimum de deux ans dans la fonction¹¹⁰³. Une fois ces avis collectés, une commission¹¹⁰⁴ dresse le tableau d'avancement s'imposant au garde des sceaux.

Le principe est similaire aux projets évoqués précédemment permettant de contrôler l'avancement en l'extirpant de l'arbitraire du garde des sceaux. Le décret Sarrien va peaufiner

¹⁰⁹⁹ Décret du 18 août 1906 portant fixation des garanties spéciales de capacité professionnelles pour les candidats aux fonctions judiciaires et instituant pour les magistrats un tableau d'avancement, JORF du 21 août 1906, p. 5861 et s.

¹¹⁰⁰ Art. 38, Loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, JORF du 16, 17 et 18 avril 1906, p. 2499.

¹¹⁰¹ Art. 15, décret 18 août 1906, JORF du 21 août 1906, p. 5862.

¹¹⁰² Art. 16, *ibid.*

¹¹⁰³ Art. 15 al 2, *ibid.*

¹¹⁰⁴ La commission sous le décret Sarrien est composée du premier président de la Cour de cassation, du procureur général près de la Cour de cassation, de quatre membres de la Cour de cassation nommés par décret et des directeurs du ministère de la Justice, Art. 17, *ibid.*

le système du tableau en limitant le nombre de propositions pouvant être fait au tableau¹¹⁰⁵, la possibilité d'une réinscription automatique au tableau en cas de non avancement¹¹⁰⁶, la réclamation en cas de non inscription¹¹⁰⁷.

Le décret prévoit également les cas de nomination ou avancement échappant à la procédure du tableau d'avancement. La nomination des juges suppléants sans rétribution¹¹⁰⁸, l'avancement des membres de la Cour de cassation, des premiers présidents et procureurs généraux des Cours d'appel et du président et procureur de la République de la Seine¹¹⁰⁹. Peuvent également être nommés les membres du conseil d'Etat, les Professeurs et agrégés en droit, les magistrats des colonies et d'Egypte, et d'autres personnalités comme des avocats, certains fonctionnaires sans être inscrits au tableau à la condition que cela ne dépasse pas le quart du nombre total des vacances¹¹¹⁰.

À la lumière de cette présentation du tableau d'avancement Sarrien, il ressort deux observations contradictoires. D'un côté, ce décret est dans la lignée de Flandin et Trarieux pour dégager une forme relativement stable du système du tableau d'avancement. Elle en précise même les contours pratiques. Si elle suit les solutions apportées par le projet de 1894 et de la circulaire de 1895, c'est que le décret souscrit également au constat de l'influence et de l'arbitraire rendu possible par l'avancement sans tableau nécessitant son instauration pour y remédier. Dès lors, la mise en place d'exceptions poursuit le but contraire. Presque cachés, dans les articles à la fin du décret, ils posent des limitations sur des cas dont le tableau d'avancement n'a pas à connaître.

Faire sortir une nomination ou un avancement du tableau revient à redonner tout pouvoir au garde des sceaux, faire ressurgir l'influence et l'arbitraire au cœur de la magistrature. L'effet escompté du tableau est dès lors gommé.

La portée des limitations est supérieure à ce qu'elle pourrait laisser transparaître remettant en cause le tableau dans son ensemble. Les limitations les plus décisives sont celles apportées par les articles 21 et 22. Ne pas inscrire les juges suppléants au tableau permet au garde des sceaux

¹¹⁰⁵ « Le nombre de propositions faites ne peut être supérieur à la moitié ni inférieur au quart des postes de chaque classe et de chaque catégorie de fonctions existant dans le ressort », Art. 16 al. 2, *ibid.*

¹¹⁰⁶ « Ceux des magistrats inscrits au tableau qui n'ont pas été nommé, sont portés en tête du tableau dressé pour l'année suivante à l'exception toutefois de ceux que la commission de classement à la suite de nouveaux renseignements ne croit pas devoir y maintenir », Art. 19, *ibid.*

¹¹⁰⁷ « Tout magistrat qui n'est pas porté au tableau d'avancement peut présenter sa réclamation au ministre de la justice qui la transmet s'il y a lieu, à la commission de classement », Art. 18 al. 3, *ibid.*

¹¹⁰⁸ Art. 21, *ibid.*

¹¹⁰⁹ Art. 22, *ibid.*

¹¹¹⁰ Art. 23, *ibid.*

de garder la mainmise sur le principal contingent de magistrat pour qui la suppléance sert de premier poste.

Plus importante encore, l'exclusion des membres de la Cour de cassation et des Chefs des Cours d'appel du tableau les basculent à nouveau sous l'influence du garde des sceaux. Le problème est que ce sont ces mêmes magistrats, choisis discrétionnairement par le garde des sceaux, qui établissent les propositions à l'avancement et le tableau censé supprimer l'influence du garde des sceaux. Le processus pensé comme limiteur d'influence est en réalité cadencé par le pouvoir ayant sous contrôle à la fois ceux qui proposent et décident. Dès lors, le tableau perd totalement de sa superbe et de son intérêt réel puisque vicié. Il faut rajouter que les magistrats proposés à l'avancement firent l'objet d'enquête préfectorale en plus de l'appréciation des chefs de Cours sur la question des idées politiques, une discordance entre les deux valant exclusion du magistrat du tableau¹¹¹¹.

Ce décret Sarrien a permis la tenue du tout premier tableau d'avancement en 1907¹¹¹². Proposé entre un quart et la moitié des postes occupés parmi les 2895 postes de magistrats et 798 de suppléants ouverts à l'avancement¹¹¹³, l'avancement était donc ouvert à 923 magistrats.

En réalité, les nominations à la suite du tableau sont faibles pour un total 432¹¹¹⁴. L'effet de l'avancement par le tableau n'a pas joué à plein. Il reste néanmoins au garde des sceaux la faculté de nommer hors tableau, à l'aune des exceptions précédemment évoquées, ce qui n'est

¹¹¹¹ « Le décret sur la magistrature [décrets Sarrien-Briand] », *Gazette des tribunaux*, 27 février 1908.

¹¹¹² V. sur ce point, « Le tableau d'avancement des magistrats », *Gazette des tribunaux*, 16 mars 1907.

¹¹¹³ L'avancement fut ouvert pour les postes suivants :

10 présidents de Chambre, 8 avocats généraux, 12 substituts du procureur général, 73 conseillers pour la Cour de Paris ;

12 vice-présidents, 13 présidents de sessions, 63 juges, 30 substituts, 30 juges suppléants pour le Tribunal de la Seine ;

55 présidents de Chambre, 54 avocats généraux, 43 substituts du procureur général, 354 conseillers pour les Cours ordinaires ;

22 présidents, 33 vices présidents, 143 juges, 22 procureurs, 63 substituts pour les Tribunaux de première classe ;

85 présidents, 16 vices présidents, 292 juges, 85 procureurs, 99 substituts pour les Tribunaux de deuxième classe ;

274 présidents, 8 vices présidents, 608 juges, 274 procureurs, 114 substituts pour les Tribunaux de troisième classe ;

798 suppléants dont 100 rétribués.

¹¹¹⁴ « Le décret sur la magistrature [décrets Sarrien-Briand] », *Gazette des tribunaux*, 27 février 1908 précise les nominations comme ceci :

1 présidents de Chambre, 2 avocats généraux, 2 substituts du procureur général, 5 conseillers pour la Cour de Paris ;

4 vice-présidents, 5 présidents de sessions, 10 juges, 4 substituts, 3 juges suppléants pour le Tribunal de la Seine ;

6 présidents de Chambre, 15 avocats généraux, 7 substituts du procureur général, 29 conseillers pour les Cours ordinaires ;

0 président, 6 vice-présidents, 21 juges, 1 procureur, 11 substituts pour les Tribunaux de première classe ;

8 présidents, 3 vice-présidents, 26 juges, 12 procureurs, 27 substituts pour les Tribunaux de deuxième classe ;

30 présidents, 1 vice-président, 67 juges, 30 procureurs, 34 substituts pour les Tribunaux de troisième classe ;

84 suppléants.

pas négligeable. La magistrature française se stabilise aux alentours des 7500 magistrats tout au long du XIX^{ème} siècle¹¹¹⁵, permettant alors de mettre en perspective les faibles chiffres des nominations par le biais protecteur du tableau.

Pour en revenir à la nomination via le tableau, le processus fonctionnerait bien si le rapport entre les postes ouverts à l'avancement et les nominations issues du tableau serait de maximum 25%¹¹¹⁶. À titre d'exemple, pour la Cour de Paris ; le taux de nomination par le tableau, par rapport au total ouvert à l'avancement, est de 14.46%, atteignant même les 6.85% pour les conseillers. Des résultats similaires sont observables pour les Cours ordinaires (15%) ou bien les tribunaux de troisième classe (14%).

Soumis au garde des sceaux par ordre alphabétique¹¹¹⁷, il avait le droit de nommer à un quart des nominations à son gré¹¹¹⁸. Dès lors, il ne pouvait pas nommer à l'avancement sur le tableau un magistrat qui n'y était pas inscrit mais pouvait tout simplement décider de ne pas le nommer. On touche ici à la limite du système Sarrien, même passant outre les difficultés signalées, si le garde des sceaux ne veut pas faire avancer un magistrat, il peut tout simplement ne pas le nommer. En somme, le garde des sceaux a la main mise sur les magistrats proposant, dressant le tableau et peut choisir de ne pas nommer s'il le souhaite.

Ce décret Sarrien aura connu une portée très limitée car transformé deux ans plus tard. Le décret Briand du 13 février 1908, bien que réaffirmant la présence du tableau d'avancement, change le mode de conception puisque son article 24 dispose que « le tableau d'avancement est dressé par le garde des sceaux sur les propositions d'une commission »¹¹¹⁹.

On pourrait penser que le décret Briand dénature les avancées du décret Sarrien. En réalité, il ne le détruit pas, il ne fait simplement que de révéler la vraie nature du tableau d'avancement. La conception idéalisée de Flandier/Trarieux était déjà morte en 1906. La continuation du tableau d'avancement, de toutes ses règles et exceptions n'a aucun sens car le garde des sceaux retrouve explicitement son omnipotence sur la nomination et l'avancement des magistrats¹¹²⁰.

¹¹¹⁵ J-C. FARCY, *Les carrières des magistrats (XIX^e -XX^e siècles)*. *Annuaire rétrospectif de la magistrature*, Centre Georges Chevrier, UMR 5605, Université de Bourgogne, juin 2009, p. 117 et s.

¹¹¹⁶ Art. 18, décret 18 août 1906, JORF du 21 août 1906, p. 5863.

¹¹¹⁷ « La Commission de classement a pensé qu'il valait mieux, pour ne pas influencer sur le choix du garde des sceaux, classer les magistrats par ordre alphabétique ; au reste que le classement par ordre de mérite était à peu près impossible », « Le tableau d'avancement des magistrats », *Gazette des tribunaux*, 16 mars 1907.

¹¹¹⁸ « Le décret sur la magistrature [décrets Sarrien-Briand] », *Gazette des tribunaux*, 27 février 1908.

¹¹¹⁹ Art. 24, décret du 13 février 1908 portant règlement d'administration publique sur le recrutement et l'avancement des magistrats, JORF du 18 février 1908, p. 1280.

¹¹²⁰ « Le décret sur la magistrature [décrets Sarrien-Briand] », *Gazette des tribunaux*, 27 février 1908.

L'existence du tableau d'avancement est conditionnée par sa nécessité de supprimer l'influence du garde des sceaux sur les magistrats. Puisqu'ici le retour de l'arbitraire est explicite, il n'a plus de raison d'être, à part pour des raisons purement cosmétiques. Le pouvoir politique se réapproprie ce qu'il n'avait jamais réellement perdu.

Il faudra attendre un décret du 21 juillet 1927¹¹²¹ dit décret Barthou pour redonner au tableau d'avancement sa pleine mesure en précisant déjà de manière claire les classes de magistrats le jalonnant¹¹²².

Ce décret reprend les principales caractéristiques du décret Sarrien sur la présentation par les chefs de cour des magistrats à l'avancement par ordre de mérite et redonne le pouvoir de dresser le tableau d'avancement à une commission à nouveau¹¹²³.

La question de la nomination des magistrats suit le même chemin que celui du recrutement et de la formation ; celui d'une émancipation progressive du pouvoir politique. Cependant par ces avancées fragiles mais pourtant si déterminantes. À l'orée du XXème siècle, elle reste toujours aussi fragile.

II : Les bienfaits atténués du CSM par la persistance du pouvoir politique

L'unification du pouvoir disciplinaire au sein du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) permet d'affermir le pouvoir disciplinaire dans ses composantes fondamentales que sont les fautes pouvant déclencher le processus disciplinaire émergent d'une déontologie du corps de la magistrature.

¹¹²¹ Décret du 21 juillet 1927 valant règlement d'administration publique sur l'avancement des magistrats, JORF du 22 juillet 1927, p. 7583 et s.

¹¹²² Art. 1^{er} « Le tableau d'avancement de la magistrature est dressé d'après l'échelle suivante, où les fonctions équivalentes sont placées au même degré » créant ainsi 12 échelons, *ibid.*

¹¹²³ « Le tableau d'avancement est dressé et arrêté par une commission » composée comme celle du décret Sarrien sauf que les directeurs sont remplacés par des membres du conseil d'administration du ministère de la Justice, article 11 du décret du 21 juillet 1927 valant règlement d'administration publique sur l'avancement des magistrats, JORF du 22 juillet 1927, p. 7584 et s.

Le terme de déontologie apparaît en France début XIX^{ème} siècle¹¹²⁴ par la traduction d'un ouvrage de Jeremy Bentham¹¹²⁵. La définition apportée par Bentham¹¹²⁶ de cette déontologie est d'abord étymologique.

Elle provient des mots grecs convenable et connaissance ; d'avoir la connaissance de ce qui est convenable. Il définit de ces termes la déontologie « comme art, c'est faire ce qu'il est convenable de faire ; comme science c'est connaître ce qu'il convient de faire en toute occasion »¹¹²⁷. Le magistrat doit avoir conscience des limites de ce qu'il peut et doit faire au sein du corps de la magistrature. À défaut, une faute à la déontologie peut lui être reprochée mettant ainsi une œuvre la discipline pour sanctionner.

Même si le terme est apparu tardivement, des règles de conduites pour le corps judiciaire existaient déjà. L'exemple le plus éloquent des prémices de la déontologie judiciaire sont les mercuriales de Daguesseau. À la différence des discours de rentrée des Cours d'appel reprenant ce fonctionnement et appelés Mercuriales en hommage¹¹²⁸, les Mercuriales¹¹²⁹ de Daguesseau sont des discours annuels sur la discipline et les règles de conduite prononcés devant tous les parlements réunis par Henri-François Daguesseau, procureur général entre 1698 et 1715¹¹³⁰.

De cette pratique, il ressort dix-neuf discours, dix-neuf Mercuriales¹¹³¹, chacune examinant un pan des règles devant être observées par les magistrats.

Le respect de ces règles déontologiques de la magistrature conduit à s'interroger sur la notion du bon magistrat quand il les respecte et du mauvais magistrat quand il les outrepassé. La notion

¹¹²⁴ Allocution de J-C. MARIN, procureur général près de la Cour de cassation, Colloque « la déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire », Vendredi 30 juin 2017.

¹¹²⁵ J. BENTHAM, *Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art et de Science*, Bossange frères, 1823, 239 p.

¹¹²⁶ J. BENTHAM, *Déontologie ou Science de la morale*, Volume 1, trad. Benjamin Laroche, Paris, 1834, p. 29.

¹¹²⁷ *Ibid.*, p. 29-30

¹¹²⁸ Art. 33 « La rentrée des cours impériales se fera chaque année dans une audience solennelle à laquelle assisteront toutes les chambres. » ; Art. 34 « Le procureur général, ou l'un des avocats généraux qu'il en aura chargé, prononcera un discours sur un sujet convenable à la circonstance; il tracera aux avocats et aux avoués le tableau de leurs devoirs: il exprimera ses regrets sur les pertes que le barreau aurait faites, dans le cours de l'année, de membres distingués par leur savoir, par leurs talents, par de longs et utiles travaux, et par une incorruptible probité. », Décret du 6 juillet 1810 contenant règlement sur l'organisation et le service des cours impériales, des cours d'assises et des cours spéciales, Bull. 4^è s., Bull n°300, n°5725.

¹¹²⁹ Le nom de Mercuriales provient de la réunion des Cours de justice qui ont lieu le mercredi à partir de 1493 et adoptant le nom de mercuriale pour ces dernières de manière officielle en 1535 ; J-M. TUFFERY-ANDRIEU, *La discipline des juges. Les Mercuriales de Daguesseau*, Paris, LGDJ, 2007, p. 14.

¹¹³⁰ J-M. TUFFERY-ANDRIEU, *La discipline des juges. Les Mercuriales de Daguesseau*, Paris, LGDJ, 2007, p. 10.

¹¹³¹ L'ouvrage de Jeanne Marie Tuffery-Andrieu les a toutes regroupées au sein d'un seul et même ouvrage ; J-M. TUFFERY-ANDRIEU, *La discipline des juges. Les Mercuriales de Daguesseau*, Paris, LGDJ, 2007, p. 19 – 189.

du bon magistrat est intimement liée à celle des règles déontologiques¹¹³². La distinction entre le bon et le mauvais magistrat se fait selon ces règles. Il est donc essentiel que les règles soient à même de bien faire la distinction. Des mauvaises règles entraîneront une mauvaise déontologie ce qui nuira fatalement au corps.

Daguesseau dresse ainsi à travers ses Mercuriales les règles devant être observées par le magistrat, le tout formant ainsi une déontologie. Tour à tour, il estima que le magistrat doit aimer l'être¹¹³³, avoir la capacité à bien juger¹¹³⁴, disposer d'une grandeur d'âme¹¹³⁵ et d'une dignité suffisante¹¹³⁶. Le magistrat doit chérir la simplicité en toute circonstance¹¹³⁷, veiller à avoir les meilleurs mœurs possibles¹¹³⁸, privilégier la science au bon sens¹¹³⁹, avoir conscience et agir en tout temps comme un défenseur du bien public avec tout ce que cela emporte comme qualité, mœurs et compétence¹¹⁴⁰. Il devra agir sous l'autorité de la loi et de la justice qui lui confère son autorité tout en devant en être digne¹¹⁴¹. Il doit être et apparaître pour les justiciables irréprochable dans sa vie privée¹¹⁴². Il doit être sincèrement et réellement juste et ne pas seulement paraître¹¹⁴³. Il doit faire honneur à son état de magistrat¹¹⁴⁴. Il doit avoir de l'humilité vis-à-vis du droit et de la Science¹¹⁴⁵. Il doit être constamment attentif¹¹⁴⁶, être ferme¹¹⁴⁷, de ne pas gâcher son temps le dissipant de sa tâche¹¹⁴⁸. Il doit éviter de succomber aux préjugés ou

¹¹³² G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *La discipline des juges, judiciaires, administratifs et des comptes*, Paris, Litec, 2007, XIII, p. 4.

¹¹³³ « Sa dignité le suit partout, parce que l'amour de son état ne l'abandonne jamais », Première Mercuriale, in J-M. TUFFERY-ANDRIEU, *op.cit.*, p. 27.

¹¹³⁴ Deuxième Mercuriale, *ibid.*, p. 31-36.

¹¹³⁵ « Cette supériorité d'une âme qui ne connaît rien au-dessus d'elle que la Raison et la Loi », Troisième Mercuriale, *ibid.*, p. 39.

¹¹³⁶ « C'est à cette Dignité que la Vertu même doit en tirer une partie de sa gloire », Quatrième Mercuriale, *ibid.*, p. 52.

¹¹³⁷ « Pour conserver cette précieuse simplicité, le magistrat évite avec soin de se laisser surprendre au vain éclat des objets extérieurs », Cinquième Mercuriale, *ibid.*, p. 63.

¹¹³⁸ « Je vous ai dit que vous êtes des Dieux, mais vous mourrez comme les autres hommes », Sixième Mercuriale, *ibid.*, p.71.

¹¹³⁹ « Connaître la Science fait aimer la justice car la science conduit à la sagesse et la justice à la vérité », Septième Mercuriale, *ibid.*, p. 80.

¹¹⁴⁰ Huitième Mercuriale, *ibid.*, p. 91 – 94.

¹¹⁴¹ Neuvième Mercuriale, *ibid.*, p. 95 – 103.

¹¹⁴² « Sévère estimateur de mérite, le Public veut vous faire acheter plus chèrement ce titre respectable, unique, mais digne de récompense de vos travaux », Dixième Mercuriale, *ibid.*, p. 107.

¹¹⁴³ Onzième Mercuriale, *ibid.*, p. 111 – 118.

¹¹⁴⁴ « Rien n'est plus élevé qu'un magistrat qui honore son état et s'en tient honoré », Douzième Mercuriale, *ibid.*, p. 119.

¹¹⁴⁵ Treizième Mercuriale, *ibid.*, p.127 – 136.

¹¹⁴⁶ « Heureux le Magistrat qui a reçu du ciel le rare présent d'une attention si nécessaire ; plus heureux encore celui qui la soutient et qui la nourrit », Quatorzième Mercuriale, *ibid.*, p. 139.

¹¹⁴⁷ Quinzième Mercuriale, *ibid.*, p. 147 – 153.

¹¹⁴⁸ Seizième Mercuriale, *ibid.*, p. 157 – 162.

intuitions¹¹⁴⁹ et aimer la patrie¹¹⁵⁰. Enfin, il fait l'apologie de la discipline chargée « de ramener la noblesse de ses principes, d'affranchir les faiblesses de l'humanité »¹¹⁵¹.

À travers ce très rapide tour d'horizon de la déontologie telle qu'énoncée par Daguesseau, il ressort clairement qu'elle a pour but de pousser le magistrat à être le meilleur possible, à avoir les meilleurs qualités, les meilleures mœurs, les meilleures intentions tout en n'ayant aucun défaut ou vice. Il exige le meilleur du magistrat pour obtenir la meilleure magistrature possible. Il est défini à travers ces Mercuriales la notion de bon magistrat.

À la lumière de tous ces principes énoncés, il en ressort deux dimensions d'application. La déontologie du magistrat a autant vocation à s'appliquer dans sa vie professionnelle mais également dans sa vie privée formant un tout. Ces deux dimensions finalement assez poreuses dégagées par Daguesseau se retrouvent applicables à la magistrature du XIX^{ème} siècle.

Le magistrat est magistrat tout le temps, la déontologie ne commence et ne s'arrête pas à la porte de la juridiction. La discipline a bien entendu vocation à s'appliquer à l'exercice professionnel du magistrat¹¹⁵². La vie privée est également un champ important de la discipline¹¹⁵³.

Quelques exemples permettent ainsi de montrer que les sphères professionnelles et privées sont bien appréhendées par le pouvoir disciplinaire. Sur l'aspect professionnel, le magistrat était sanctionné disciplinairement s'il rompait le secret des délibérations¹¹⁵⁴, prenait un congé irrégulier et considéré comme démissionnaire si sa résidence n'est pas dans le canton du tribunal où il exerce ses fonctions¹¹⁵⁵ ou s'il faisait preuve de lourds manquements à ses devoirs de magistrat¹¹⁵⁶. Concernant la sphère privée, les affaires de mœurs concentrent une bonne partie des faits disciplinairement répréhensibles. Elles visent, par exemple, l'entretien d'une

¹¹⁴⁹ Dix-septième Mercuriale, *ibid.*, p. 165 – 170.

¹¹⁵⁰ Dix-neuvième Mercuriale, *ibid.*, p. 181 – 186.

¹¹⁵¹ Dix-huitième Mercuriale, *ibid.*, p. 174.

¹¹⁵² Y. DURAND, *La discipline des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Pedone, 1894, p. 121 – 130.

¹¹⁵³ *Ibid.*, p. 130- 141.

¹¹⁵⁴ L'inscription au sein de l'arrêt du partage des voix et de la majorité est une faute disciplinaire ; Cass., 28 mai 1847, S. 47. 1.547.

¹¹⁵⁵ CE, 7 août 1885, Garran de Balzan, D. 87.3.17.

¹¹⁵⁶ « Le président du tribunal de Draguignan avait, en 1884, négligé de rédiger un certain nombre de jugements qu'il avait prononcés. Il s'oublia jusqu'à avoir recours aux avoués et aux avocats qui, dans chaque cause, consentirent, sur sa demande, à rédiger eux-mêmes à l'aide de notes indiquant la solution adoptée par les juges, les jugements qui intéressaient leurs clients », CSM, 8 mai 1888, S. 89.1.243., in. E. FUZIER-HERMAN (dir.), « Discipline judiciaire », Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence, Sirey, T. XVII, 1899, p. 471.

concubine par un magistrat marié et père au sein du domicile conjugal¹¹⁵⁷, vivre publiquement avec sa maîtresse et inscrire ces enfants adultérins à l'état civil¹¹⁵⁸ ou plus largement sur la visite « de femmes mal famées ou des filles de mauvaise vie »¹¹⁵⁹.

Par-delà ces deux champs classiques de la discipline, qui demanderait une étude plus approfondie du fait de l'étendue de la question, il apparaît une troisième catégorie particulière dans la déontologie du magistrat ; son rapport avec le pouvoir politique.

En raisonnant de manière manichéenne sur cet aspect de la déontologie, le bon magistrat est donc celui qui est en accord avec le pouvoir politique. En revanche, le mauvais magistrat est celui en opposition avec le pouvoir politique. La jurisprudence disciplinaire fait ressortir des exemples plus ou moins évocateurs sur ce point. La Cour de cassation a eu à se prononcer disciplinairement pour des faits d'ordre politique ; aux côtés des faits relevant de la sphère professionnelle ou privée.

Par exemple, un magistrat fût poursuivi en 1832 pour avoir adhérer publiquement dans un journal légitimiste¹¹⁶⁰ à un projet de réforme constitutionnelle reprenant les institutions de l'ancienne monarchie. Il fût suspendu de ses fonctions pour deux ans avec suspension du traitement pour ces faits¹¹⁶¹. Une suspension de cinq ans fût prononcée en 1847 contre un magistrat qualifiant « de dérisoire formalité un légitime toast au Roi », critiquant les lois en vigueur compromettant ainsi la dignité de son caractère¹¹⁶². Une simple censure fût requise contre un magistrat critiquant violemment en 1888, lors d'un discours par la suite publié, les lois scolaires et le gouvernement¹¹⁶³.

Bien loin d'une étude exhaustive de la jurisprudence disciplinaire du XIXème siècle, ces différents exemples démontrent néanmoins deux choses. Les faits politiques sont traités comme des faits professionnels ou privés. Le pouvoir disciplinaire sur un fait politique transcende les régimes et périodes politiques, à l'instar de la soumission de la magistrature. Elle ne s'est jamais

¹¹⁵⁷ Cass., 10 nov. 1863, *ibid.*

¹¹⁵⁸ Cass., 2 germ. an XIII, *ibid.*

¹¹⁵⁹ CSM, 8 mai 1888, S. 89.1.243., in. E. FUZIER-HERMAN (dir.), « Discipline judiciaire », Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence, *Sirey*, T. XVII, 1899, p. 471.

¹¹⁵⁹ Cass., 10 nov. 1863, *ibid.*

¹¹⁶⁰ P. VIELFAURE, *L'évolution du droit pénal sous la monarchie de Juillet entre exigences politiques et interrogations de société*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 183 et s.

¹¹⁶¹ « Le juge qui adhère publiquement à des doctrines inconciliables avec les devoirs de son état, et compromet par-là la dignité de son caractère », Cass., 30 mai 1832 « Fouquet », S. 33.1.563.

¹¹⁶² Cass., 2 déc. 1847 « Gambon », *Journal du palais, Jurisprudence française*, T. 2 de 1847, 1847, Paris, p. 651-652.

¹¹⁶³ CSM, 8 déc. 1888, Reignaud, S. 89.1.243.

stoppée. Le pouvoir disciplinaire est un des vecteurs de cette domination. Il est un instrument au service du pouvoir politique.

L'inamovibilité est la première garantie d'indépendance de la magistrature. L'instauration de ce mécanisme, ne pouvant et devant pas être absolu, devait s'accompagner d'une contrepartie permettant de mettre fin à la protection des magistrats contre le pouvoir politique. La mise en échec licite de l'inamovibilité est le pouvoir disciplinaire, tandis que les purges peuvent être considérées comme des mises en échec illicites, détournées de l'inamovibilité. Au-delà de ces quelques exemples au cours du XIX^{ème} siècle de sanction disciplinaire pour un fait politique, deux affaires¹¹⁶⁴ ont conduit la Cour de cassation à prononcer la déchéance pour des faits politiques. C'est par le prononcé de la déchéance pour motif politique que le pouvoir disciplinaire est détourné de son objectif premier. La révocation du magistrat pour motif politique contrecarre l'effet attendu de l'inamovibilité. Censé protéger le magistrat de toute influence politique, la déchéance sur ce motif remet en cause l'inamovibilité. La poursuite disciplinaire contourne alors l'inamovibilité, en utilisant son garde-fou contre elle. Le pouvoir politique bénéficie alors d'une nouvelle source de soumission de la magistrature par ce biais.

Concernant la première affaire dite Nourry¹¹⁶⁵, un juge suppléant est poursuivi disciplinairement devant la Cour de cassation pour avoir envoyé une lettre au préfet des Deux-Sèvres et l'a fait publier après avoir été révoqué de sa fonction de maire. Dans cette lettre, signée « Nourry, juge suppléant », il déclare être « un soldat devant lutter jusqu'à la conquête de la liberté de l'Eglise [...] que même une préfecture ne me rendrait pas républicain ». Il lui est reproché une « véritable déclaration de guerre à outrance à nos institutions, une attitude de haine contre le gouvernement »¹¹⁶⁶. Il est précisé que l'inamovibilité n'est pas une immunité, qu'elle protège le magistrat du caprice du ministre mais pas de sa responsabilité et de ses devoirs¹¹⁶⁷. Constatant son éclatante hostilité contre le pouvoir, il est déchu de sa fonction.

L'affaire Pansier concerne un juge suppléant ayant participé à un banquet légitimiste. Lors de ce banquet, le juge Pansier prononça un discours, portant un toast à l'action royaliste, « exhortant à pousser le cri sauveur de Vive le roi ! ». Il est reproché au magistrat « un coupable

¹¹⁶⁴ Séance du mardi 5 juin, Débats parlementaires, Chambre des députés, Année 1883, 6 juin 1883, p. 1186.

¹¹⁶⁵ Cass. Ch. Réun., 1^{er} mars 1880, S. 1880.1.293.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

¹¹⁶⁷ Réquisitoire de DUPIN, Cass., 30 mai 1832 « Fouquet », S. 33.1.563.

oubli de ses devoirs, de s'être posé en ennemi de la forme du gouvernement établi [...] il a également compromis au plus haut degré la dignité de son caractère »¹¹⁶⁸.

Le point de convergence entre ces deux affaires est l'hostilité publique et notoire du magistrat à l'encontre du pouvoir politique. Cette hostilité rend impossible, au magistrat en cause, de poursuivre ses fonctions puisque les deux sont déçus. L'hostilité même supposée d'un magistrat peut être sanctionnée disciplinairement¹¹⁶⁹.

La déontologie et son développement souffre d'un mal ; celui de l'absence de définition de la faute disciplinaire pouvant mettre en action le mécanisme de discipline. Sans réelle définition de la faute, il est délicat de pérenniser clairement la procédure disciplinaire et d'affermir la déontologie qui est un champ extrêmement vaste. Il n'existe pas de définition à proprement parler permettant l'exercice de l'action disciplinaire, seulement des dispositions éparses¹¹⁷⁰. Face « à l'infinité de nuances de l'action disciplinaire »¹¹⁷¹, l'imprécision de la faute disciplinaire rend le travail jurisprudentiel de la Cour de cassation et du conseil supérieur de la magistrature délicat pour dresser la déontologie et les fautes en relevant.

Néanmoins, la loi de 1883, tout en consacrant le CSM, se chargea de venir poser la définition d'une faute disciplinaire de manière aussi claire pour la toute première fois¹¹⁷². Il est précisé que « toute délibération politique est interdite aux corps judiciaires. Toute manifestation ou démonstration d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République est interdite aux magistrats. L'infraction aux dispositions qui précèdent constitue une faute disciplinaire »¹¹⁷³. Sans être une innovation car se contentant de formaliser la jurisprudence sur l'hostilité du magistrat envers le politique, la symbolique d'une telle consécration est forte. Interdire formellement au magistrat de manifester son hostilité à l'égard du pouvoir politique après un siècle de domination est cocasse. S'inscrivant dans une volonté d'indépendance entre le pouvoir politique et la magistrature, il aurait plutôt fallu proscrire les atteintes du pouvoir sur

¹¹⁶⁸ Cass. Ch. Réun., 25 janvier 1882, S.1882.1.165.

¹¹⁶⁹ Cass. Ch. Réun., 25 janvier 1882, S.1882.1.164 ; Le magistrat Président du tribunal d'Orange mis en cause avait ordonné d'enlever de la porte du tribunal d'Orange des décorations faisant les lettres R.F et mis un coup dans des lanternes. Il a été considéré que c'était un acte d'hostilité au gouvernement devant du public. Le magistrat fut sanctionné d'une suspension d'un mois de ses fonctions.

¹¹⁷⁰ La loi du 20 avril 1810 aux articles 58 et 59 avaient fixées des règles précises déclenchant la discipline : un juge sous mandat d'arrêt entraîne sa suspension provisoire. Une condamnation pénale peut entraîner la déchéance ou la suspension du magistrat : in Y. DURAND, *La discipline des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Pedone, 1894, p. 149.

¹¹⁷¹ Cass., 5 juill. 1858, S.1858.1.609.

¹¹⁷² *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Association française pour l'histoire de la justice, Collection histoire de la justice N° 12, Paris, La Découverte, 2000, p. 177.

¹¹⁷³ Art. 14, Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, JORF du 31 août 1883, n°237B.

le magistrat plutôt que l'inverse. L'absence du développement de la définition de la faute disciplinaire¹¹⁷⁴ rend difficile l'avènement d'une discipline efficace et d'une déontologie forte à moins qu'elles ne soient centralisées.

Les Mercuriales Daguesseau ont été précurseurs en matière déontologique car justement elles avaient lieu à intervalles réguliers devant une réunion de magistrats unique. De ce fait, il est possible de créer un corpus de règles à faire observer par tous les magistrats dans le but de construire un corps légitime où tous ses membres connaissent les mêmes règles.

Il semble mécanique qu'un pouvoir disciplinaire, éclaté dans toutes les juridictions de France, entre différentes autorités, entre différents degrés de juridictions via des procédures concurrentes sans compter l'intervention du garde des sceaux, est incapable de développer une déontologie suffisamment forte pour faire respecter des règles permettant d'agréger un corps pour la magistrature.

Une faute forcément floue appréciée par des entités aussi variées empêche la déontologie d'avoir une réelle influence sur la magistrature. La déontologie et la faute ont deux buts bien différents. La faute se focalise sur le magistrat à travers une sanction individuelle. La déontologie préservée par la discipline en cas de faute permet le maintien des règles de conduite de la magistrature et de son corps. Elles contribuent alors à la création et à l'affirmation d'un corps. La déontologie est ainsi un facteur d'indépendance de la magistrature, en lui donnant une force qu'on lui refusait. À l'inverse, il semble logique que la déontologie gagne en puissance si elle est modelée et appréciée par un seul organe disciplinaire. C'est ainsi le but recherché par la réforme de 1883 avec en point de mire l'indépendance fortifiée par la déontologie.

La réforme judiciaire permît grâce au CSM d'avoir un organe unique compétent pour tous les juges en matière disciplinaire permettant ainsi, mécaniquement, l'unification de l'appréhension des fautes disciplinaires et donc de la déontologie. Auparavant dévolue à la Cour de cassation parasitée par les autres cours et tribunaux voire le garde des sceaux, il est seul compétent, gagnant ainsi en lisibilité et en clarté.

Des débats ont eu lieu sur la réforme judiciaire et sur la loi de 1883 de la question de la discipline des magistrats critiquant tant le système de 1810 que les projets de réforme visant à mettre en

¹¹⁷⁴ H. BUJARD, *La faute professionnelle dans la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Dijon, Impr. De J. Bernigaud, 1914, p. 57 et s.

place un Conseil supérieur¹¹⁷⁵. Une séance à la Chambre des députés est particulièrement pertinente à relever car elle synthétise toutes les objections relevées contre le CSM. Elle permet de soulever les défauts réels ou supposés de ce conseil supérieur et de la nouvelle discipline.

Lors d'un débat parlementaire sur l'article 13 de la loi de 1883 sur l'institution d'un conseil supérieur, un amendement est déposé. Il tend à modifier ledit article et propose de conserver la compétence du garde des sceaux, des cours et tribunaux en matière de discipline¹¹⁷⁶.

La démonstration du député de Marcère démarre tout d'abord par des griefs à l'encontre de l'institution même du CSM. Il vitupère contre ce dernier estimant qu'il n'exerce qu'un pouvoir politique reprenant les mots du garde des sceaux estimant que le CSM est un tribunal se prononçant entre le pouvoir politique et le magistrat en les atteignant personnellement ; dessein bien éloigné de l'affirmation des mœurs professionnelles pour le corps de la magistrature.

Il est évident que le pouvoir disciplinaire doit tendre à une auto régulation du corps par la déontologie plutôt que la sanction simplement individuelle et politique. Le CSM ne remplit pas le rôle qu'il devrait jouer.

Tout d'abord, il s'interroge sur la composition de ce futur CSM chargé de faire respecter la discipline. Il évoque différentes hypothèses évoquées en débats, tantôt la confier à la chambre civile, tantôt faire nommer ses membres par les assemblées ou les faire élire par les autres magistrats à des intervalles réguliers¹¹⁷⁷. Tout ceci pour lui ferait entrer la politique au sein de la discipline, ce qu'il regrette.

Rappelant avec nostalgie le pouvoir disciplinaire et son fonctionnement d'avant la réforme, il expose ce que la discipline perd avec le CSM. Elle abandonne tout d'abord l'aspect familial de la discipline se faisant entre pairs, dans la juridiction du magistrat. Il estime que la critique et sanctions issues des pairs sont plus importantes que celles d'un lointain conseil, agissant ainsi comme une famille à l'égard du magistrat.

¹¹⁷⁵ V. à ce sujet ; A-M. MALLET, « La responsabilité des juges dans les débats parlementaires de la fin de XIX^e siècle », in *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Paris, Association française pour l'histoire de la justice, Collection histoire de la justice N° 12, La Découverte, 2000, p. 171 – 183.

¹¹⁷⁶ L'amendement déposé par le député de Marcère revient explicitement à rejeter l'instauration du CSM et à tout simplement conserver le système disciplinaire tel qu'il était avant la loi de réforme judiciaire ; Séance du mardi 5 juin, Débats parlementaires, Chambre des députés, Année 1883, 6 juin 1883, p. 1183 – 1196.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, p.1183 ; ces propositions viennent d'autres députés qui déposent également des amendements spécifiquement sur la composition du CSM tous rejetés par la chambre des députés, V. p. 1188 et s.

Ce conseil de famille a, pour lui, l'avantage de se faire « sans bruit, sans scandale pour préserver l'honneur et la considération du magistrat et du corps tout entier »¹¹⁷⁸. Il reproche ainsi au CSM de faire abattre sur la magistrature et le magistrat un scandale nocif. Il estime que le conseil supérieur ne peut faire appliquer la discipline car il est impensable que « cette procédure éclatante, je dirai scandaleuse, puisse prononcer un avertissement ou une censure simple. Ce sont des peines qui lui échappent, il n'aura jamais l'occasion de les appliquer, vous enlevez ainsi au pouvoir judiciaire un des meilleurs moyens d'action qu'il ait à exercer sur les membres »¹¹⁷⁹.

La centralisation du pouvoir disciplinaire emporte effectivement quelques difficultés comme peut sembler l'inadéquation d'une procédure devant la Cour de cassation spécialement réunie, auparavant réservée pour les cas graves, pour n'importe quelle faute. Elle ne gomme en tout cas pas l'opportunité d'unifier la déontologie par le truchement d'un juge unique dans le but de fortifier le corps tout entier. La volonté de ne pas ébruiter les affaires disciplinaires en les laissant cachées dans les cours et tribunaux profite peut être au magistrat mais dessert totalement la magistrature. Le but de la discipline étant de sanctionner en cas de non-respect des règles du corps, le corps entier doit être au courant de ces violations pour ne pas les refaire. Le scandale tant redouté permet au contraire de faire réagir le corps et de s'y adapter ; ce qui est dans le but de renforcer l'honneur de la magistrature.

De plus, le député de Marcère soulève, à raison, le problème majeur de cette nouvelle discipline. Pour lui, le rôle du garde des sceaux est ce qu'il y a de plus grave dans cette réforme. Il devient alors le « maître de l'action » disciplinaire¹¹⁸⁰ puisqu'il disposerait seul de l'initiative de la saisine du conseil supérieur.

De ce fait, les magistrats et la magistrature serait dans sa main allant à l'encontre du dessein de la réforme. Souhaitant l'indépendance, cette mesure est purement et simplement contraire à ce but. Dans le pire scénario envisageable, le garde des sceaux pourrait choisir à discrétion la poursuite ou non d'une faute disciplinaire, « certains pourront commettre tous les actes répréhensibles sans craindre l'exercice du pouvoir disciplinaire ; [d'autres] se sentiront incessamment placés sous le coup de poursuites qui pourront les atteindre »¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 1184.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 1185.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 1184.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, p. 1185.

En devenant maître de la discipline, le garde des sceaux devient celui de la déontologie qu'il vient apprécier dans l'opportunité des poursuites et devient, de facto, le maître du corps de la magistrature.

La loi de 1883 confie finalement le CSM à la Cour de cassation en Chambres réunies, éloignant le spectre de l'immixtion du politique dans sa composition¹¹⁸² laissant la magistrature juger ses membres en matière disciplinaire. Cependant, la crainte du député sur le rôle du garde des sceaux s'est réalisée. De manière explicite, « le conseil supérieur de la magistrature ne peut être saisi que par le garde des sceaux »¹¹⁸³. Il est le point central de la discipline car il est l'initiateur chargé de mettre en œuvre la procédure disciplinaire.

En plus de ce rôle fondamental, la réforme s'en tient purement au texte mais se détourne de l'esprit qu'elle devait insuffler. Il est clairement indiqué que le CSM capterait toutes les compétences disciplinaires antérieurement dévolues à la Cour de cassation, ainsi qu'aux cours et tribunaux¹¹⁸⁴. Ces juridictions exerçaient la discipline concurremment avec le garde des sceaux. La réforme ne disant mot sur ce dernier, il dispose toujours de prérogatives en matière disciplinaire.

Ainsi, il est conféré au garde des sceaux un droit de surveillance sur les juridictions civiles et commerciales. Il peut également adresser une réprimande aux magistrats du siège et du parquet par le biais du premier président de la Cour de cassation ou du procureur général. Il est à noter que l'on retrouve le siège et le parquet disposant d'une même règle commune à leur rencontre. Il peut également faire manger tout magistrat devant lui¹¹⁸⁵. On retrouve dans cet article 17 les principales compétences disciplinaires précédemment octroyées au garde des sceaux.

Dès lors, le garde des sceaux peut, soit parasiter l'action du CSM par ses propres compétences disciplinaires, soit simplement annihiler toute la discipline ne saisissant pas le CSM. Ces compétences dans la lignée des textes de l'an X, de 1810 et 1852 vont à l'encontre de l'idée devant être portée par l'instauration du Conseil supérieur.

Son instauration pour garantir l'indépendance de la magistrature, pour accroître la force de la déontologie et pour fortifier le corps de la magistrature ne sert à rien en l'état. Si le garde des sceaux peut à tout moment interférer ou stopper l'action en ne la déclenchant pas, toutes les potentielles avancées légitimes sur les questions de discipline sont trop fragiles. Elles peuvent

¹¹⁸² Art. 13, Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, JORF du 31 août 1883, n°237.

¹¹⁸³ Art. 16, *ibid.*

¹¹⁸⁴ Art. 14, *ibid.*

¹¹⁸⁵ Art. 17, *ibid.*

s'écrouler un instant. Cela ne peut pas permettre de créer sur le long terme une déontologie et un corps façonné par cette dernière. La loi de 1883 devait tendre à la recherche de l'indépendance de la magistrature en instaurant le CSM. Le rôle conservé par le garde des sceaux envoie un signal très fort dans le sens opposé.

Conclusion titre 2 : Un état de dépendance trop ancré empêchant toute prospérité de l'indépendance.

La dépendance de la magistrature est rendue possible par des règles subjectives donnant une latitude totale au pouvoir politique. Il n'est entravé par aucune règle ou contrainte. Pour schématiser, il choisit à peu près qui il souhaite à n'importe quel poste.

Cette subjectivité absolue a eu pour conséquence l'avènement d'une notabilité homogène au cœur de la magistrature. Cette composition spécifique empêcha la magistrature de former un réel corps, l'abandonnant ainsi toute entière au pouvoir. L'absence de ce corps l'empêche de s'opposer au pouvoir politique et de s'en protéger. Elle aboutira à une magistrature affaiblie, sans protection ni considération. Elle n'est qu'une branche dominée par le pouvoir politique. Cet affaiblissement engendre des dommages à la magistrature.

Ainsi, en contrepartie, il entraîne en parallèle un développement théorique puis pratique de mécanismes devant renforcer la magistrature en la rendant plus indépendante. Puisque la subjectivité orchestrée par le pouvoir politique est l'alpha et l'oméga de la dépendance, la quête de l'indépendance de la magistrature passera par l'intégration de l'objectivité dans toutes les zones de dépendance créées par le pouvoir politique. L'enjeu de cette recherche d'indépendance est de briser l'arbitraire qui façonne la magistrature.

Le recrutement, la nomination, la formation, la carrière, la sanction du magistrat sont contrôlés par le pouvoir politique par une subjectivité totale. Il convient alors de créer des mécanismes ou de modifier les existants en les rendant les plus objectifs possibles. Idéalement, le pouvoir politique ne devrait pas avoir la possibilité d'agir sur ces différents leviers pour atteindre une réelle indépendance.

Le concours, le tableau d'avancement, l'idée de formation professionnelle du magistrat et le CSM dans sa version de 1883 ont pour but d'implanter de l'objectivité dans un système totalement subjectif aux endroits les plus stratégiques.

Dès lors, il est logique que la greffe ne soit pas immédiate. L'échec de l'instauration concrète au XIXème et début du XXème siècle de ces mécanismes d'indépendance a permis de préparer la magistrature à sa véritable transformation à partir du milieu du XXème siècle. Elle s'oppose à un pouvoir politique réticent à perdre une de ses branches et à la rendre indépendante.

Toutes ces avancées sont des mécanismes d'indépendance de seconde génération venant en complément de l'inamovibilité. Garantie d'indépendance de première génération, elle n'était

pas assez solide pour assumer seule ce rôle. Seule l'imbrication efficiente de l'ensemble de ces mécanismes peut amorcer l'indépendance de la magistrature. Ces mécanismes ont pour but de réparer les dommages de la dépendance et de tenter d'y remédier.

Conclusion partie 1 : Une indépendance recherchée grâce aux effets de la dépendance mais freinée à cause de l'état de dépendance.

La première partie de ce travail de thèse s'intéressant à la période s'étalant de la toute fin du XVIIIème avec la Constituante et l'élection du juge au détriment d'un pouvoir royal de nomination au début du XXème siècle par le difficile enracinement du tableau d'avancement ou du concours permet de confirmer le postulat de départ. La magistrature doit être indépendante du pouvoir politique car la dépendance lui est néfaste.

Au début du XIXème siècle, le pouvoir politique aura tout mis en œuvre pour contrôler et soumettre la magistrature. Elle est sans défense, d'une faiblesse extrême entretenue et voulue. L'émergence de mécanisme d'indépendance indique sans ambiguïté leur besoin pour une magistrature aux abois, contre sa nature. Ces mécanismes n'auront pas d'effet immédiat sur la magistrature car elle est pensée, construite et maintenue dans un système de soumission totale où tout est fait pour.

Le système de dépendance est difficile à déverrouiller car il est construit intelligemment pour maintenir cet état, rien n'est laissé au hasard. Il ne peut pas changer touche par touche, cela serait totalement improductif. Les mécanismes d'indépendance doivent tous être instaurés en même temps. L'indépendance ne s'en trouvera pas améliorée sans une application complète des mécanismes. Il n'y a aucun intérêt, par exemple, de mettre un place un réel concours et une formation du magistrat de haut niveau si sa carrière restait aléatoire, au bon vouloir du pouvoir politique. L'indépendance n'aura pas avancé d'un pas.

Cette première partie de la thèse expose les deux premiers mouvements de la relation pouvoir politique / magistrature. Le premier mouvement est celui de la recherche de la dépendance. Une fois atteinte, la magistrature était à l'encontre de sa nature réelle puisque tout ceci lui était néfaste. Des mécanismes d'indépendance tentaient d'exister pour y remédier. C'est ainsi que démarre le second mouvement par l'idée et la tentative de réalisation d'une transformation de la magistrature vers plus d'indépendance. Fondée par et pour la dépendance, il est extrêmement difficile de modifier cet état. Cette transformation n'est pas intervenue immédiatement. Elle avait besoin de temps pour digérer et intégrer l'indépendance au sein d'un tout entièrement dépendant. Il faudra attendre un demi-siècle pour que tous ces changements soient réellement intégrés dans la magistrature et prennent tous leurs effets.

Entre 1906 et 1946/1958, il ne s'est pas rien passé. Cette période est une transition nécessaire entre deux états ; entre une dépendance à bout de souffle et une indépendance rongée par son histoire, viciée dès le départ. Elle arrive rapidement à une voie sans issue en continuant à raisonner sur ce paradoxe.

Catherine Fillon a démontré de manière factuelle les dégâts subis par le concours dans la première moitié du XXème siècle. Elle décèle une crise profonde du recrutement dans la magistrature¹¹⁸⁶. L'examen professionnel n'attire plus les candidats, atteignant le nombre très faible de 46 inscrits en 1926¹¹⁸⁷. La magistrature subit de plein fouet deux effets conjugués qui lui font très mal. Elle souffre d'une perte d'attractivité pour les magistrats et une perte de confiance de la part des justiciables¹¹⁸⁸. La perte d'attractivité et de confiance sont directement issues de l'état de dépendance de la magistrature. Ce qui est observé par le peu de candidats à l'examen c'est la défiance face à un système à bout de souffle. Ces deux effets vont inexorablement conduire la magistrature à devoir évoluer sous peine d'exploser. Perdre la confiance du justiciable c'est perdre sa légitimité. L'indépendance est le moteur pour regagner et maintenir la confiance des justiciables et donc regagner sa légitimité. Les années 20, 30 et 40 sont pour la relation magistrature/politique des années de digestion des mécanismes et d'une conception objective de la magistrature. C'est une transition entre deux états de la magistrature.

Ces quelques décennies permettent la transition en douceur entre une magistrature en soumission qui n'arrive pas à en sortir à une magistrature libérée de ce poids mais encore et toujours marquée par sa dépendance antérieure. Les mécanismes d'indépendance émergés et remis en cause ne bougent que très peu¹¹⁸⁹. La magistrature reste en stand-by, entre une dépendance en train de s'éteindre et une indépendance à dessiner et à affirmer.

Cet état de transition inexorable explique le troisième mouvement de la relation pouvoir politique / magistrature. Elle appelle à dépasser cette situation intermédiaire et à intégrer tous les mécanismes d'indépendance au sein de la magistrature sans aucune restriction.

L'intégration totale des mécanismes d'indépendance comme un traitement contre la maladie qu'est la dépendance résout beaucoup de chose mais pas l'essentiel. Le concours et la formation

¹¹⁸⁶ C. FILLON, *Devenir juge, Mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, Paris, PUF, collection Droit et Justice, 2008, p. 80 – 140.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 85.

¹¹⁸⁸ « Restaurer l'indépendance des magistrats [...] s'efforcer de ressusciter la confiance bien ébranlée du justiciable », Débats parlementaires, Sénat, séance du 16 janvier 1934.

¹¹⁸⁹ Par ex. une douzaine de lois et décret viennent modifier l'examen professionnel entre 1908 et 1958 à la marge ; in C. FILLON, *Devenir juge, Mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, Paris, PUF, collection Droit et Justice, 2008, p. 140.

peuvent être la plus qualitative possible, la carrière gérée de la manière la plus juste possible, la discipline gérée par le corps lui-même de manière efficiente ; cela ne changera pas le fait que le pouvoir politique nomme toujours les magistrats. Ces mécanismes soignent à merveille les symptômes de la dépendance mais pas sa cause quoi qu'il arrive.

Le troisième mouvement est l'aboutissement du paradigme d'une magistrature indépendante nommée. Tous les points de dépendances précédemment installés par le pouvoir politique ont sauté, il reste cependant toujours la nomination en point de départ. La dérégulation et la dépendance ont nécessairement laissé des traces à cette magistrature. Bien qu'elle ait évolué vers plus d'indépendance, elle reste l'évolution de celle du XIX^{ème} siècle entièrement pensée pour être dépendante. Ces séquelles recèlent toujours en leur sein la suspicion avérée ou fantasmée de la soumission, de la dépendance continuée. Elles sont les germes de critiques en illégitimité faites à l'encontre de la magistrature. Peu importe les efforts réels mis dans le concours, l'ENM ou le CSM, il y aura toujours un hiatus entre ce qu'est l'indépendance et comment elle est perçue du monde extérieur.

L'impossibilité d'une indépendance parfaite à cause du paradoxe appelle à envisager sérieusement un quatrième mouvement de la relation pouvoir politique / magistrature. Puisque le paradigme de la nomination a atteint ses limites intrinsèques sans atteindre son but réel, il convient de s'attaquer à la racine de la dépendance. Il faut remettre en cause la nomination par le pouvoir politique et toutes ses conséquences sur la magistrature pour atteindre une indépendance totale et parfaite. Il serait temps d'enfin réparer le péché originel de la Constituante, de garantir une vraie place à la magistrature pour tourner la page sur une magistrature martyrisée et forcément marquée pour qu'elle retrouve sa vraie nature.

Partie 2 : La nécessité d'une véritable indépendance de la magistrature par rapport au pouvoir politique

L'état de la magistrature au début du XX^{ème} siècle appelait à une nécessaire transformation en instaurant les mécanismes d'indépendance pensés tout au long du XIX^{ème} siècle pour stopper la dépendance au pouvoir politique. L'instauration de ces différents mécanismes de manière concomitante permet un recul de la soumission de la magistrature par un regain d'objectivité et de la place importante prise par la magistrature.

La compétence juridique est devenue le principal critère de recrutement des magistrats. L'explicitation des règles de recrutement va transformer la magistrature, pour devenir plus hétérogène et féminisée. La compétence juridique sera la clef de la refonte des modes de recrutement par le concours principalement et les voies d'accès parallèles. Elle sera l'exigence prioritaire. Par la suite, l'ancrage de la formation à l'École nationale de la magistrature (ENM) et le rôle joué par le CSM vont permettre de tendre à l'indépendance. Dans ce premier titre, il n'est pas question de réelles innovations. Il s'agit de montrer tous les mécanismes construits au XIX^{ème} siècle, mis en œuvre et améliorés depuis.

La magistrature actuelle en est l'aboutissement avec toutes les réelles avancées que cela a indéniablement permis pour l'indépendance. Néanmoins, ces mécanismes s'attaquent aux expressions de la dépendance et arrivent à s'en défaire mais ne s'attaquent pas à la cause. Les magistrats sont toujours nommés par le pouvoir politique. La magistrature a été poussée au paroxysme de la logique débutée au début du XIX^{ème}. Elle est aussi indépendante que possible (Titre 1).

Cependant, elle ne pourra jamais être totale et la magistrature aboutit à une impasse puisque le pouvoir politique nomme toujours les magistrats ; la notion de magistrature « à la Française » apparaît alors. La présence du pouvoir politique au sein de la magistrature est toujours perceptible à l'égard du siège. A contrario, la question de l'indépendance du parquet est en plein essor. La magistrature est alors en plein paradoxe à l'aune de l'indépendance. Cette notion de l'indépendance transcende le seul cadre français. Elle trouve à être définie de manière universelle. Il va se dégager un consensus autour de cette notion qui va standardiser les magistratures.

Face à ce consensus, le modèle français va être fortement remis en cause. Elle appelle à une réforme en profondeur de la magistrature pour répondre à un besoin urgent d'indépendance. Les réformes ne resteront qu'au stade des projets et des déclarations d'intentions. Ce statu quo de la magistrature « à la Française » fait émerger une lourde défiance à son égard.

La logique de nomination par le pouvoir politique empêchera d'atteindre l'indépendance parfaite tant recherchée et sera critiquable même pour une simple suspicion. L'apparence de dépendance même erronée suffit à mettre en échec toute la confiance des justiciables et à remettre en cause sa légitimité. La légitimité gagnée par l'indépendance s'effondre.

Pour éviter toute critique, il convient de changer complètement de logique et d'en finir avec l'intervention du pouvoir politique par la nomination. Ce statu quo destructeur s'explique par la mort pas encore constatée de l'autorité judiciaire et l'absence de reconnaissance d'un pouvoir judiciaire. Le syndicalisme judiciaire et la communication institutionnelle montrent un corps qui peut s'exprimer contre le pouvoir politique. Cette expression est la preuve que la magistrature n'est plus une autorité mais bien un pouvoir. Il convient alors de tirer toutes les conséquences d'un tel constat.

Il est essentiel d'arriver à renouveler l'appréhension de la magistrature en tant que pouvoir à part entière et arrêter tout lien, même symbolique, avec le pouvoir politique. Il faut mettre fin à toutes les ambiguïtés constitutionnelles actuelles. Le pouvoir judiciaire doit s'organiser autour d'un Conseil supérieur de la justice renommé et rénové, seul capable d'assurer cette impérieuse mission de l'indépendance. A contrario, le ministère public doit redevenir dépendant statutairement pour clarifier toutes les confusions possibles pour les justiciables (Titre 2).

Titre 1 : Une réponse palliative à la dépendance

Titre 2 : Le besoin d'une redéfinition totale des garanties de l'indépendance

Titre 1 : Une réponse palliative à la dépendance

Le constat dressé tout au long du XIX^{ème} siècle est celui d'une magistrature soumise par la subjectivité. Pour la rendre plus indépendante, l'on y applique des mécanismes les plus objectifs possibles. L'indépendance théorisée et désirée deviendra réalité. Ils vont tous trouver leur place au sein d'une magistrature remodelée. Sans nul doute, l'application sérieuse et réelle de ces mécanismes a permis une avancée remarquable de l'indépendance de la magistrature du pouvoir politique. Sans innovation majeure pourtant, la magistrature a vu son recrutement devenir de plus en plus objectif. La recherche du capable, à travers la compétence juridique, est une obsession. Le concours, voie d'entrée principale de la magistrature, est pensé pour cette recherche.

Ce bouleversement de la méthodologie de recrutement va transformer la magistrature homogène du XIX^{ème} siècle. Malgré une hétérogénéisation sociale limitée, la magistrature n'est plus homogène. Elle s'est majoritairement féminisée. Les voies d'entrée latérale servent à diversifier encore davantage le corps au-delà du concours (Chapitre 1).

Ce corps hétérogène va s'affermir à travers une longue formation uniforme à l'ENM. Les futurs magistrats seront formés par des magistrats à travers une formation la plus poussée possible pour avoir le meilleur magistrat possible. Le Conseil supérieur de la magistrature, dont la composition et son rôle ont amené des oppositions avec le pouvoir politique, est compétent pour les nominations et la discipline des magistrats à la place ou aux côtés du pouvoir politique. Néanmoins, malgré toutes ces avancées pour l'indépendance, le pouvoir politique et la magistrature sont toujours liés par la nomination. Le lien de dépendance existe toujours. Les mécanismes d'indépendance s'occupent des symptômes de la dépendance, mais pas de la dépendance elle-même. (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'objectivisation du recrutement

Chapitre 2 : La prise de pouvoir des magistrats sur leur propre corps

Chapitre 1 : L'objectivisation du recrutement

L'objectivisation du recrutement, abandonnant de facto le choix discrétionnaire du pouvoir politique, a permis une transformation profonde de la magistrature. Bien loin de la notabilité construite à dessein par le pouvoir politique, on observe l'émergence d'une magistrature protéiforme (Section 1). Cette transformation majeure s'inscrira dans la magistrature par le biais de voies de recrutements précises et objectives (Section 2).

Section 1 : L'émergence d'une magistrature protéiforme

En prenant le contrepied total d'un recrutement arbitraire fondé sur des critères les plus souples possibles dans le but de ne pas entraver les choix du pouvoir politique, l'ordonnance de 1958 impose de nombreuses règles encadrant le recrutement (Paragraphe 1). Ces règles nouvellement instaurées vont mécaniquement transformer la magistrature (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La modification des règles d'entrée de la magistrature

Pour en terminer avec un recrutement arbitraire, il était nécessaire de mettre en place des règles contraignantes ôtant au pouvoir politique toute latitude. Ainsi, tant les qualités (I) que les compétences (II) vont faire l'objet d'un soin particulier et être précisées pour contraindre le pouvoir politique dans ses choix.

I : L'explicitation des qualités du magistrat

Le choix du magistrat à travers ses qualités fut pendant le XIX^{ème} siècle quasi exclusivement discrétionnaire. Cette logique d'opacité a basculé vers une logique de clarté. Les qualités personnelles exigées pour les futurs magistrats sont dorénavant toutes textuelles, claires, stables et précises. Elles ne laissent plus le champ ouvert à l'arbitraire. Ces exigences se retrouvent quasiment toutes au sein d'un texte fondamental pour la magistrature qu'est l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature¹¹⁹⁰ qui vient définir

¹¹⁹⁰ Ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551 et s.

clairement, entre autre, les qualités exigées pour être magistrat. Les qualités que sont le sexe, la nationalité, la condition physique et l'âge sont posées de manière explicite.

Cet élément, si important à l'heure de la recherche de la parité homme/femme, n'est pas évoqué sous le XIX^{ème} siècle, et pour cause. Tant sur une exigence textuelle ou discrétionnaire, la possibilité pour une femme d'être magistrat n'est pas évoquée. Tandis que Jeanne Chauvin devient la première femme en France à plaider par une loi du 1^{er} décembre 1900 autorisant « les femmes munies des diplômes de licencié en droit de prêter le serment d'avocat et d'exercer cette profession »¹¹⁹¹. Ce n'est que beaucoup plus tard qu'une même solution est posée pour les femmes et la magistrature.

Par une loi du 11 avril 1946¹¹⁹², composée d'un article unique, dispose que « tout français, de l'un ou l'autre sexe, répondant aux conditions légales, peut accéder aux fonctions de la magistrature »¹¹⁹³. Cette loi ne peut être plus claire à travers son unique article. Les femmes peuvent, au même titre que les hommes, accéder aux fonctions de la magistrature. Il est évident que la légitimité du magistrat ne peut valablement pas procéder du sexe du magistrat.

Ce critère discriminant de sexe, effacé par la loi de 1946, vient rattraper le retard pris par l'accession à la magistrature par rapport à celle de la profession d'avocat et mettre fin à l'hégémonie masculine sur la magistrature depuis la Révolution française. Contrairement à la lente évolution du statut de la femme dans la profession d'avocat, la première femme magistrat, Madame Lagarde ne prêta serment que le 16 octobre 1946 en tant que Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation¹¹⁹⁴. L'abandon de cette discrimination homme / femme en 1946 aura pour effet une féminisation très importante de la magistrature, preuve s'il en est que la légitimité du magistrat ne procède pas du sexe du magistrat. Elle ne peut être une qualité décisive dans le choix ou non d'un magistrat.

La nationalité devient aussi un critère de sélection du magistrat. L'ordonnance de 1958 prévoit en son article 16 que « les candidats à l'auditorat doivent [...] être de nationalité française »¹¹⁹⁵. Ce critère ne semble pas poser de problèmes sur sa compréhension car pleinement explicite. Seulement, cette précision faite par l'ordonnance sur cette nécessité d'être de nationalité

¹¹⁹¹ Loi du 1^{er} décembre 1900, *Duvergier*, 1900, p. 557.

¹¹⁹² Loi du 11 avril 1946 « ayant pour objet de permettre aux femmes d'accéder à la magistrature », JORF du 12 avril 1946, p. 3062.

¹¹⁹³ *Ibid.*

¹¹⁹⁴ M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 231.

¹¹⁹⁵ Art. 16, Ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551 et s.

française s'explique par la pratique sous le XIX^{ème} siècle. Dès lors, il n'existait pas d'exigence particulière sur la nationalité du candidat à la magistrature, « mais cette condition qui paraît toute naturelle n'a pas toujours existé »¹¹⁹⁶. Cette imprécision sur la nationalité du magistrat s'explique sur la situation géopolitique française du XIX^{ème} siècle. À travers l'Empire français et son expansionnisme, des magistrats étrangers sont nommés au sein de la magistrature française. Rousselet évoque l'exemple de trois magistrats hollandais nommés à la Cour de cassation sous le Premier Empire et repartis lors de sa chute¹¹⁹⁷. La composition de la magistrature, donc sa légitimité était nécessairement liée à la composition de l'Empire. Cette qualité n'est pas décisive tant au XIX^{ème} qu'à l'heure actuelle à travers l'ordonnance de 1958.

Concernant la condition physique, l'ordonnance de 1958 exige également pour le candidat à la magistrature de « remplir les conditions d'aptitude physique nécessaires à l'exercice de leurs fonctions et être reconnus indemnes ou définitivement guéris de toute affection donnant droit à un congé de longue durée »¹¹⁹⁸. Tandis que la première partie de l'exigence ne pose pas de difficulté majeure sur sa compréhension reprenant la logique d'appréciation antérieure¹¹⁹⁹, un problème se pose sur la seconde partie de l'exigence de la condition physique. En effet, l'article 16 5° de l'ordonnance de 1958 exige que le magistrat soit « indemne(s) ou définitivement guéri(s) de toute affection donnant droit à un congé de longue durée »¹²⁰⁰.

Cette exigence particulière est précisée dans un arrêté du 14 mars 1986¹²⁰¹. En son article 2, cet arrêté liste cinq affections qui donnent droit à un congé de longue maladie que sont : « la tuberculose, les maladies mentales, les affections cancéreuses, poliomyélite antérieure aiguë, et le déficit immunitaire grave et acquis »¹²⁰². L'existence de l'une de ces affections, au moment de la candidature, empêche, de facto, la possibilité pour la personne de devenir magistrat. Tandis que la tuberculose, la maladie mentale ou le cancer permettent une possible guérison du malade et que la poliomyélite ne connaît certes pas de méthode curative tout en connaissant une éradication quasi totale¹²⁰³, l'arrêté fait ressortir la cinquième affection qui dénote des quatre autres.

¹¹⁹⁶ M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 228.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 230.

¹¹⁹⁸ Article 16 5°, Ordonnance de 1958, *op. cit.*

¹¹⁹⁹ On retrouve cette même exigence au XIX^{ème} siècle et la loi de 20 avril 1810.

¹²⁰⁰ Article 16 5°, Ordonnance du 22 décembre 1958, *op. cit.*

¹²⁰¹ Arrêté du 14 mars 1986 relatif à la liste des maladies donnant droit à l'octroi de congés de longue maladie, JORF du 16 mars 1986, p. 4371.

¹²⁰² Article 2, arrêté du 14 mars 1986, *ibid.*

¹²⁰³ Selon l'Organisation Mondiale de la Santé, les cas de poliomyélite ont baissé de plus de 99% depuis 1988 passant de 350 000 cas à 359 en 2014 sur seulement deux pays que sont l'Afghanistan et la Pakistan touchant les enfants en bas âge (moins de 5 ans) principalement.

Ce que l'arrêté du 14 mars 1986 appelle pudiquement « déficit immunitaire grave et acquis » n'est, en réalité, rien d'autre que le syndrome d'immunodéficience acquise aussi appelé, plus trivialement, SIDA. On ne peut valablement joindre au sein d'une liste le SIDA avec ces autres affections qui sont soit possiblement curables, soit fortement contagieuses (pour la tuberculose) ou quasiment disparue. En effet, le SIDA n'est ni définitivement curable, ni contagieux de la même façon que la tuberculose par la salive ou une toux et, malheureusement, n'est pas en voie d'éradication par l'existence d'un vaccin. Cette différence notable entre le SIDA et les autres affections pose une difficulté pour les personnes atteintes du SIDA souhaitant prétendre à une fonction de magistrat. Cette difficulté fut soulevée et réglée par une communication de l'École nationale de la magistrature (ENM), chargée de recevoir les futurs magistrats.

Par un communiqué de presse en date du 30 novembre 2015, l'ENM communique sur ce point discutable de l'ordonnance de 1958 et de son obsolescence aux vues des progrès de la médecine depuis la fin des années 50. Par ce communiqué, l'ENM estime qu'elle « ne discrimine pas et n'a jamais discriminé de candidat à la magistrature atteint du VIH »¹²⁰⁴. L'ENM estime qu'elle n'est pas responsable du texte permettant la sélection des candidats à la magistrature, que la rédaction du texte et de son obsolescence incombe au ministère de la Justice. Malgré celle-ci, l'École fait état qu'elle n'a jamais déclaré un candidat inapte sur le seul critère de sa séropositivité.

L'ENM relève néanmoins que la rédaction actuelle de l'article 16 de l'ordonnance statutaire revêt un caractère discriminatoire et enjoint le ministère de la Justice de procéder à une modification de ce dernier. Cette modification bienvenue de cet article discriminatoire et daté est attendue à travers le projet de loi organique relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société¹²⁰⁵. Ainsi, « concernant la condition d'aptitude, l'obligation d'être « reconnu indemne ou définitivement guéri de toute affection donnant droit à un congé de longue durée », devenue obsolète et supprimée du statut général de la fonction publique depuis 1983, serait remplacée par une appréciation générale de la condition physique des candidats au regard des compensations possibles de leur handicap, conformément à la loi n° 2005-102 du 11 février 2005¹²⁰⁶ pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées»¹²⁰⁷.

¹²⁰⁴ Titre du communiqué de presse de l'ENM en date du 30 novembre 2015.

¹²⁰⁵ Projet de loi organique relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société, déposée au Sénat en date du 28 octobre 2015.

¹²⁰⁶ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, JORF n°36 du 12 février 2005, p. 2353.

¹²⁰⁷ Article 4 du projet de loi du 28 octobre 2015, *ibid.*, p. 32.

La rédaction discriminatoire actuelle fera place à une réécriture, en l'état, plus vague de l'exigence de la condition physique du magistrat en faisant une place importante à une discrimination se voulant positive permettant ainsi à l'ENM d'appliquer plus librement et dans le respect du cadre posé par l'ordonnance de 1958. De la même manière que pour le sexe ou la nationalité, cette exigence de condition physique, que pose l'actuelle et la prochaine rédaction, ne comprend pas d'aspect légitimant et ne pose seulement qu'une simple condition d'accès à la magistrature.

Seule qualité textuelle exigée au XIX^{ème} siècle, l'ordonnance statutaire continue de conférer à l'âge du magistrat une place prépondérante. L'âge requis du magistrat va connaître une pluralité de cas selon la méthode d'entrée dans la magistrature. Pour le cas du concours, qui est le mode d'entrée principal dans la magistrature, on assiste à un changement de logique passant d'un âge minimum à un âge maximum pour candidater à la fonction de magistrat, emportant ainsi un changement de logique dans l'appréhension de cette qualité importante sous le XIX^{ème} siècle.

La question de l'âge requis du magistrat ne se pose plus selon le poste visé comme sous la loi impériale de 1810 mais se pose dorénavant selon le mode d'entrée dans la magistrature. Chaque situation correspond désormais à un âge requis qui peut être soit un âge maximum pour les concours soit un âge minimum pour le recrutement sur titre. Cette multiplicité des cas d'entrée de la magistrature et donc, in fine, une multiplicité des âges requis ne simplifie pas cette exigence pérenne et incontournable.

Concernant la voie de recrutement par le concours, l'âge maximum n'est pas prévu directement par le statut de 1958 mais par un décret régissant de manière générale l'organisation de l'ENM. En effet, le décret du 4 mai 1972¹²⁰⁸ vient préciser que les trois concours d'entrée de la magistrature prévus par l'ordonnance statutaire et, donc, l'âge maximum pour pouvoir y participer. L'article 17 de l'ordonnance de 1958¹²⁰⁹ prévoit l'existence de trois concours distincts pour accéder à la magistrature, plus précisément, à l'auditorat. Pour ces concours, il existe une limite d'âge maximum pour prétendre à concourir.

l'article 17 dispose que « le premier concours est ouvert aux candidats âgés de trente et un ans au plus au 1^{er} janvier de l'année du concours »¹²¹⁰, l'article 21 dispose que « le deuxième concours est ouvert aux candidats [...] âgés de quarante ans au plus au 1^{er} janvier de l'année du

¹²⁰⁸ Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF du 5 mai 1972, p. 4635.

¹²⁰⁹ Article 17, ord. stat., *op. cit.*

¹²¹⁰ Article 17, décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

concours »¹²¹¹, enfin l'article 32-1 dispose que « le troisième concours est ouvert aux candidats [...] âgés de quarante ans au plus au 1^{er} janvier de l'année du concours »¹²¹². Il ressort immédiatement le basculement de cette exigence passant d'un âge minimum sous le XIX^{ème} à un âge maximum pour prétendre à une fonction de magistrat. En effet, l'âge minimum renvoyait à une logique légitimatrice du magistrat où l'âge se confondait avec la sagesse exigée pour ce dernier. En exigeant un âge maximum, cette logique tombe et l'âge ne possède plus le caractère légitimant qu'il possédait auparavant. Néanmoins on retrouve toujours une exigence d'un seuil minimal pour d'autres modes d'entrée dans la magistrature.

Au-delà des trois concours, il existe d'autres modes d'entrée dans la magistrature qui eux prévoient un âge minimum. En effet, le recrutement sur titre prévue à l'article 18-1¹²¹³ de l'ordonnance statutaire dispose, à travers l'article 33 du décret de 1972, que la condition d'âge est posée entre « trente et un ans au moins et de quarante ans au plus au 1^{er} janvier de l'année en cours »¹²¹⁴. Il existe également un recrutement latéral pour la magistrature avec une intégration directe à l'article 22 de l'ordonnance statutaire qui dispose que « peuvent être nommées directement aux fonctions du second grade de la hiérarchie judiciaire, à condition d'être âgés de trente-cinq ans au moins »¹²¹⁵.

Concernant l'exigence de l'âge, elle ne saurait être unique et chaque voie d'accès prévoit un âge requis différent, qui peut être soit minimum, soit maximum. De plus, l'article 17-1 de l'ordonnance de 1958 prévoit que « les dispositions législatives portant recul de la limite d'âge pour l'accès par voie de concours aux emplois publics sont d'application dans les mêmes conditions à l'accès par voie de concours à la magistrature »¹²¹⁶. Par exemple, l'article L.215-3 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que « l'âge limite [...] est reculé d'un an par enfant à charge ».

Le critère de l'âge, bien qu'il soit très variable selon le mode d'entrée l'est encore plus par le possible jeu du recul de la limite d'âge. La relative simplicité et clarté de l'exigence textuelle du XIX^{ème} siècle avec un âge minimum pour une fonction semble avoir disparu pour une exigence d'une complexité plus importante.

¹²¹¹ Article 21, *ibid.*

¹²¹² Article 32-1, *ibid.*

¹²¹³ Article 18-1, ord. stat., *op. cit.*

¹²¹⁴ Article 33, Décret de 1972, *op. cit.*

¹²¹⁵ Article 22, *op. cit.*

¹²¹⁶ Article 17-1, *op. cit.*

A contrario des exigences discrétionnaires, les qualités personnelles du futur magistrat sont toutes textuelles et claires. Le sexe, la nationalité, la qualité physique et l'âge sont les seules qualités personnelles exigées. Il ressort de l'appréciation de ces quatre qualités un changement radical par rapport aux qualités personnelles attendues au XIX^{ème} siècle. Tandis, que l'âge, la famille ou la fortune du magistrat revêtait un caractère important pour le pouvoir, elles font maintenant figure de simple pré requis. Ces qualités exigées sont fixes, posant des critères stables et non équivoques. Elles ne sont plus soumises à une interprétation ou une appréciation spécifique. Le critère peut être soit rempli objectivement ou non. Le candidat à l'âge requis ou non ; il a la nationalité ou non ; etc.

Ces critères, textuels et stables fixés par l'ordonnance de 1958 et le décret de 1972 permettent une accessibilité à la magistrature la plus large possible. En tout cas, ils ne sont pas des freins subjectifs permettant un tri volontaire de la part du pouvoir politique. Parallèlement à l'explicitation des critères pour être candidat à la magistrature, les compétences morales et juridiques vont trouver une place encore plus importante, bien loin d'une appréciation biaisée de ces dernières. Elles aussi vont trouver à avoir une définition et une appréciation plus claire.

II : L'affermissement des compétences du magistrat

La compétence morale décisive et la compétence juridique éludée du XIX^{ème} siècle ont vocation à s'appliquer naturellement. Cependant, le rapport de force entre les deux va s'inverser consacrant la compétence juridique comme la compétence fondamentale pour être magistrat.

1 : L'exigence secondaire de la compétence morale

Du fait de l'importance capitale de la compétence morale posée sous le Consulat par la circulaire d'Abrial, il semble logique que cette dernière retrouve à s'appliquer dans l'ordonnance statutaire de 1958. Au sein de son article 16, elle dispose en son alinéa 3 que les candidats à la magistrature doivent « jouir de leurs droits civiques et être de bonne moralité »¹²¹⁷. Il existe donc bel et bien une continuité de cette compétence par essence privée, en rapport direct avec l'exercice de la fonction de magistrat.

¹²¹⁷ Art. 16 3°, Ordonnance statutaire du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551 et s

Cependant, malgré cette continuité, une question se pose sur le sens de ce concept. On peut légitimement penser que la compétence morale sur « l'attachement à l'ordre des choses actuelles », valant adéquation avec le pouvoir politique en place soit tombée et qu'elle se conçoit différemment désormais.

La notion est reprise mais manque cruellement de précision. Si la définition posée par la circulaire d'Abrial de 1809 n'était pas d'une clarté absolue, elle se retrouvait validée à travers l'objectif qu'elle poursuivait. Du fait d'un défaut manifeste de clarté de la disposition actuelle, la jurisprudence administrative et constitutionnelle est venue définir les contours de cette notion de (bonne) moralité.

Cette disposition de l'article 16 de l'ordonnance statutaire posait deux difficultés majeures, sur sa constitutionnalité et sur son sens. Concernant sa constitutionnalité, une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est venue valider cette disposition comme conforme à la constitution. Une QPC du 5 octobre 2012¹²¹⁸ se prononce précisément sur la constitutionnalité de l'article 16 alinéa 3 de l'ordonnance du 22 décembre 1958. Il est reproché au législateur, dans le considérant numéro 2, l'imprécision de la notion de « bonne moralité » portant atteinte au principe d'égal accès aux emplois publics.

En son considérant numéro 4, le Conseil constitutionnel estime que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789 impose que le législateur fixe des exigences précises « quant à la capacité des intéressés, assurer le respect du principe d'égal accès aux emplois publics et concourir à l'indépendance de l'autorité judiciaire »¹²¹⁹.

Malgré ce rappel salutaire de l'obligation de précision incombant au législateur, les juges de la rue de Montpensier ont déclaré cette disposition conforme aux exigences constitutionnelles. En effet, le Conseil constitutionnel estime « que le 3° de cet article [article 16 de l'ordonnance de 1958] précise en outre que ces candidats doivent « être de bonne moralité » ; que les dispositions contestées ont pour objet de permettre à l'autorité administrative de s'assurer que les candidats présentent les garanties nécessaires pour exercer les fonctions des magistrats et, en particulier, respecter les devoirs qui s'attachent à leur état »¹²²⁰. Cette décision estime en son considérant n°6 que « les dispositions contestées, qui ne méconnaissent aucun droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution »¹²²¹.

¹²¹⁸ QPC, 5 octobre 2012, n° 2012-278, JORF du 6 octobre 2012, p. 15655.

¹²¹⁹ Considérant n°4, QPC 5 octobre 2012, *op. cit.*

¹²²⁰ Considérant n°5, *ibid.*

¹²²¹ Considérant n°6, *ibid.*

La disposition au cœur de cette QPC, malgré l'imprécision de la notion de « bonne moralité », est déclarée conforme à la Constitution. Cette décision tente de donner le sens de cette notion. En effet, elle estime que la bonne moralité permet de garantir que le magistrat respecte les devoirs qui lui incombent. Cette bribe de définition, très générale, ne permet pas d'appréhender au mieux cette notion si spécifique. Elle permet, en premier lieu, d'affirmer que cette disposition est valide au sens constitutionnel et n'a donc pas vocation à être supprimée. Cependant, cette QPC est intervenue sur des faits intéressant directement cette notion de bonne moralité traités par le contentieux administratif.

Une décision du tribunal administratif de Paris fait suite directement à la décision de conformité de l'article 16 3° de l'ordonnance statutaire de 1958. La décision du 21 février 2013¹²²² a permis de mettre en application cette notion de « bonne moralité » fraîchement déclarée constitutionnelle.

En l'espèce, une candidate au premier concours de la magistrature fait grief à la décision du garde des sceaux qui a lui refusé une autorisation de participation aux épreuves pour l'année 2011. Ce refus du garde des sceaux fut motivé par le fait que cette candidate a commis, en 2008, une infraction pénale (une conduite sous l'empire d'un état alcoolique). Cette dernière fut condamnée, par une ordonnance pénale correctionnelle, à une amende délictuelle de 200 euros et une suspension de permis de six mois. Le garde des sceaux estime ainsi « que les faits en cause témoignent d'un comportement inconciliable avec l'exigence de moralité attendue d'un futur magistrat »¹²²³.

La candidate refusée au concours de l'ENM demande à la fois l'annulation de la décision du garde des sceaux en date du 1^{er} juin 2011 et la transmission au Conseil constitutionnel d'une QPC portant sur la constitutionnalité de la notion même de « bonne moralité ». La décision du 5 octobre 2012, vue précédemment, a considéré que la notion n'était pas contraire à la constitution.

Dès lors, le tribunal administratif (TA) de Paris a dû s'intéresser à la question de l'annulation ou non de la décision du garde des sceaux. Après avoir pris acte de la décision portant sur la QPC du 5 octobre 2012, le TA a décidé d'annuler la décision du garde des sceaux en date du 1^{er} juin 2011. Le juge administratif a rendu sa décision en s'appuyant sur les faits en précisant que malgré cette condamnation pénale, la candidate fait « valoir l'ancienneté des faits commis

¹²²² TA Paris, 21 février 2013, Mme X. n°1118574/5-2.

¹²²³ Reprise du mémoire tendant au rejet de la requête présenté par le garde des sceaux repris dans le jugement.

à l'âge de 20 ans et leur caractère isolé », qui ne « s'était plus fait connaître défavorablement des services de polices, elle avait été recrutée depuis en qualité d'assistante de justice » précisant ainsi que « les faits, en l'espèce, n'étaient pas de nature à mettre sérieusement en doute l'existence des garanties nécessaires à l'exercice des fonctions de magistrat ».

Le tribunal administratif de Paris, par cette décision, remplit parfaitement le rôle que lui a attribué le Conseil constitutionnel. La décision du 5 octobre 2012 précise « qu'il appartient ainsi à l'autorité administrative d'apprécier, sous le contrôle du juge administratif, les faits de nature à mettre sérieusement en doute l'existence de ces garanties »¹²²⁴. Elle cite et reprend, au sein de sa solution de droit, la notion dégagée par le Conseil constitutionnel qui permet d'avoir un éclaircissement à travers les éléments de faits de l'espèce. Ainsi, une condamnation pénale pour ivresse au volant n'est pas suffisante, pour le juge administratif, pour remettre en cause la bonne moralité d'un candidat à la magistrature sur le fondement de l'article 16 3° de l'ordonnance de 1958. Le juge administratif contrôle, apprécie et annule donc la décision du garde des sceaux (autorité administrative selon la définition posée par la QPC de 2012)¹²²⁵. Contrairement à la règle posée par la circulaire d'Abrial, il ne revient pas au ministère public de mener enquête sur la moralité, mais à l'autorité administrative et au juge administratif. Cependant, en l'espèce, l'autorité administrative est le garde des sceaux qui se trouve tout en haut dans la hiérarchie du ministère public. Le changement majeur est le contrôle effectué par le juge administratif en tant que garde-fou.

La notion de bonne moralité actuelle est toujours existante mais joue un rôle à mille lieux de ce qu'elle était au XIX^{ème} siècle. Caution de compatibilité politique du magistrat avec le pouvoir, la compétence morale depuis 1958 s'est transformée.

La bonne moralité est actuellement un contrôle a priori des candidats à la magistrature. Sous la circulaire d'Abrial, la bonne moralité revêtait une valeur absolue au bon vouloir du ministère public sans contrepouvoir. Actuellement, la notion de l'article 16 3° de l'ordonnance de 1958 revêt une valeur plus objectivement appréciable à travers des faits précis. Il existe une différence notable entre la commission d'une infraction pénale et une hostilité patente ou latente au régime politique en place. Cependant, malgré cette différence, ces deux situations ont pu entrer dans la conception de « bonne moralité » ce qui démontre une évolution certaine.

¹²²⁴ Considérant n°5, *op. cit.*

¹²²⁵ V. à ce sujet ; L. BELFANTI, « Qu'est-ce que la bonne moralité du magistrat ? Le clair-obscur de la notion de « bonne moralité » comme condition d'accès aux fonctions de magistrat », *Cahiers de la Justice*, n°2013/2 n°2, Dalloz, p. 163 – 170.

La bonne moralité se comprend alors non pas comme la recherche d'une personne irréprochable rejetée au moindre écart, mais doit se comprendre comme l'analyse du candidat dans sa faculté à ne pas porter atteinte à l'honneur du corps dans lequel il souhaite rentrer. L'article 16 adjoint à la bonne moralité d'autres notions renvoyant à cette question de la compétence morale. En effet, l'article 16.3 prévoit que les candidats à l'auditorat doivent « jouir de leurs droits civiques »¹²²⁶ et l'alinéa 4 « se trouver en position régulière au regard du code du service national »¹²²⁷. Ces trois dispositions mises ensembles, créent à l'égard du candidat à la magistrature, un devoir général de bonne conduite pouvant être permissif, étant soumis à l'appréciation de l'autorité et du juge administratif. Ce contrôle de l'autorité administrative sur l'accès à un emploi public est ancien et se pose sur « les garanties morales désirables »¹²²⁸ et repris à travers la notion de bonne moralité. D'ailleurs, cette notion de bonne moralité soulève bon nombre de critiques, notamment celle de Monsieur Anicet Le Pors, secrétaire d'Etat qui en 1983 estimait que « la notion de bonne moralité ne correspond nullement à une donnée objective. Elle ne répond à aucune définition juridique et se prête donc à des interprétations arbitraires fondées sur des enquêtes qui n'offrent pas nécessairement toute garantie »¹²²⁹.

Cette notion purement subjective tend à devenir objective grâce aux autres dispositions de l'article 16 de l'ordonnance de 1958. Tant l'exigence de jouissance des droits civiques comprenant le droit de vote et d'éligibilité en position régulière au regard du service national sont des situations purement objectives et vérifiables. La loi du 13 juillet 1983 relative au fonctionnaire¹²³⁰ prévoit des dispositions sensiblement similaires à celles de l'article 16 de l'ordonnance de 1958 prévoyant que « nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : 2° S'il ne jouit de ses droits civiques ; 3° Le cas échéant, si les mentions portées au bulletin n°2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions ; 4° S'il ne se trouve en position régulière au regard du code du service national »¹²³¹. En effet, ces dispositions se retrouvent dans le statut de la magistrature en son article 16. La seule différence concerne la notion de bonne moralité et le casier judiciaire entre ces deux textes. Il faut préciser que la loi de 1983 n'a vocation qu'à s'appliquer aux fonctionnaires tandis que les magistrats, ayant un

¹²²⁶ Article 16.3, Ordonnance de 1958, *op. cit.*

¹²²⁷ Article 16.4, Ordonnance de 1958, *op. cit.*

¹²²⁸ CE, 5 juillet 1851, Rouget, Rec., p. 498.

¹²²⁹ Assemblée nationale, 3ème séance du 3 mai 1983, JO Débats Assemblée nationale, 4 mai 1983, p. 811 ; argument repris au Sénat, séance du 1er juin 1983, JO Débats Sénat, 2 juin 1983, p. 1274., in Commentaire de la décision QPC du 5 octobre 2012, Mme Elisabeth B., « Condition de bonne moralité pour devenir magistrat ».

¹²³⁰ Loi n°83-364 du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires dite « Loi Le Pors », JORF du 14 juillet 1983, p. 2174.

¹²³¹ Article 5bis, loi du 13 juillet 1983, *op. cit.*

statut très particulier étant des agents publics et non des fonctionnaires, sont soumis à une norme spécifique, celle de l'ordonnance de 1958. Il peut cependant être intéressant de faire le parallèle entre l'article 5bis et l'article 16. La loi de 1983 fait disparaître de son article 5bis la notion subjective de bonne moralité pour se cantonner à une exigence objective à propos du casier judiciaire suite à la critique formulée par le secrétaire d'État Anicet Le Pors.

Dans le cadre spécifique du statut de la magistrature, la préservation de la notion de bonne moralité est dictée par la spécificité du corps auquel elle s'applique. La bonne moralité contrôlée par le juge administratif et appréciée par le garde des sceaux permet un contrôle le plus large possible pour prendre en considération une multitude de situations que ne prendrait pas en compte le seul casier judiciaire n°2. Cependant à la lumière des critiques formulées contre la notion de bonne moralité, de l'encadrement dont elle fait l'objet et l'imprécision des critères de droits civiques, de service national ; cette notion subjective tend à devenir plus objective. La compétence morale est passée du statut d'une qualité subjective déterminante dans le choix du magistrat à un contrôle objectif vigilant. Malgré ce changement, elle joue toujours ce rôle de filtre à l'accession de la magistrature sans pour autant utiliser les mêmes critères.

Si l'on assiste à une perte de vitesse du caractère décisif de la compétence morale, une autre a pris l'ascendant par un mouvement de balancier. Auparavant éludée au détriment de la compétence morale, la compétence juridique occupe aujourd'hui une place centrale.

2 : L'obligation principale de compétence juridique

La compétence juridique du magistrat telle que posée par la loi de 1804 sur les Écoles de droit et celle de 1810 sur l'exigence de la licence et d'un stage au barreau trouvent forcément un écho au sein de l'ordonnance statutaire de 1958. Cet écho se retrouve démultiplié par une exigence exacerbée de la compétence juridique. La compétence juridique passe toujours par l'obtention d'un diplôme et/ou d'une expérience professionnelle.

En son article 16 alinéa 1^{er} qui pose les conditions d'accès à la magistrature par concours, l'ordonnance de 1958 exige une condition de détention d'un diplôme. En effet, « les candidats à l'auditorat doivent : 1° Être titulaires d'un diplôme sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à quatre années d'études après le baccalauréat, que ce diplôme soit national, reconnu par l'Etat ou délivré par un Etat membre de la Communauté européenne et considéré comme équivalent par le ministre de la Justice après avis d'une commission dans les conditions

prévues par un décret en Conseil d'État, ou d'un diplôme délivré par un institut d'études politiques, ou encore avoir obtenu le certificat attestant la qualité d'ancien élève d'une école normale supérieure »¹²³². À travers cet article 16, il est exigé un diplôme sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à 4 ans. Il ressort immédiatement l'absence de précision sur la nature de cette formation et sur son caractère juridique. L'imprécision laissée sur cette exigence englobe de manière large tout diplôme au-delà des masters 1 en droit. D'autres diplômes sont également admissibles, au titre de l'exigence de l'article 16, comme un diplôme d'Institut d'Étude Politique ou des anciens élèves d'une école normale supérieure. Ces diplômes ne font aucune référence expresse à une quelconque étude du droit pouvant entraîner une compétence juridique. Cette disposition est applicable au premier concours de la magistrature, le plus pourvoyeur de postes. Cette analyse va s'appliquer également à d'autre mode de recrutement qui exige également cette condition énoncée par l'article 16 comme le recrutement dit latéral prévu à l'article 22 de l'ordonnance, le recrutement des magistrats à titre temporaire de l'article 41-10 et enfin les juges de proximité prévu à l'article 41-17 de ladite ordonnance. Pour ces types de recrutement, il n'y pas une exigence stricte d'un diplôme en droit.

Cependant, un autre mode de recrutement à la magistrature exige un diplôme en droit de manière stricte. L'article 18-1 portant sur le recrutement des auditeurs de justice sur titres exige l'obtention d'un diplôme en droit. En effet, cet article dispose que les personnes « peuvent être nommées directement auditeurs de justice, si elles sont titulaires d'une maîtrise en droit et si elles remplissent les autres conditions fixées à l'article 16 [...], peuvent également être nommés dans les mêmes conditions les docteurs en droit qui possèdent, outre les diplômes requis pour le doctorat, un autre diplôme d'études supérieures »¹²³³.

Dans ce cas présent, il existe une référence explicite et directe à un diplôme de droit entendu de manière stricte. Une décision du Conseil d'État en date du 24 octobre 2014¹²³⁴ s'est prononcée sur ce caractère strict d'appréciation de l'exigence d'un diplôme juridique. En l'espèce, une personne voulait devenir auditeur de justice par le biais de l'article 18 de l'ordonnance. Elle estimait que son diplôme de l'Institut d'études politiques de Paris mention « carrières juridiques et judiciaires » rentrait dans la définition posée par l'ordonnance exigeant une maîtrise en droit. Le candidat demanda donc l'annulation de la décision du 7 février 2013 de la commission d'avancement ayant refusé de reconnaître une équivalence de ce diplôme. Le Conseil d'État

¹²³² Article 16 1°, ord. stat., p. 11551 et s.

¹²³³ Art. 18, *op. cit.*

¹²³⁴ CE, 24 octobre 2014, Rec., 2014.

estima que ce diplôme n'équivalait pas à un master en droit et confirma la décision de la commission d'avancement. Il ressort de cette décision le caractère strict de l'exigence, voulu par l'article 18-1 de l'ordonnance de 1958, exigeant un master en droit uniquement et non pas des diplômes pouvant y être assimilé.

Le second membre de l'exigence impériale pour la compétence juridique sur les deux ans d'exercice du barreau subsiste toujours et trouve une application plus diversifiée selon la durée. La compétence juridique sous l'Empire et postérieurement se définit à la fois par un diplôme et par une pratique, une expérience juridique. Pour l'entrée dans la magistrature, il était nécessaire d'exercer deux ans la profession d'avocat. L'exception posée par la loi du 23 ventôse an XII (20 mars 1804) permettait « aux avoués non licenciés en droit mais ayant dix ans d'exercice, d'entrer dans la carrière judiciaire »¹²³⁵. Cette notion embryonnaire et restrictive d'expérience dans le domaine juridique tend à prendre une place considérable sous l'ordonnance de 1958.

À titre d'exemple, les deuxièmes et troisièmes concours d'accès à la magistrature prévus à l'article 17 de l'ordonnance statutaire sont basés uniquement sur l'expérience du candidat, n'exigeant aucunement un diplôme.

Concernant le deuxième concours, il est exigé aux « fonctionnaires régis par les titres Ier, II, III et IV du statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales, aux militaires et aux autres agents de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics justifiant, au 1er janvier de l'année du concours, de quatre ans de service en ces qualités »¹²³⁶. Le troisième concours est quant à lui ouvert « aux personnes justifiant, durant huit années au total, d'une ou plusieurs activités professionnelles, d'un ou plusieurs mandats de membre d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ou de fonctions juridictionnelles à titre non professionnel »¹²³⁷.

Concernant le recrutement sur titre des auditeurs de justice, l'article 18 précise qu'il peut s'appliquer aux « personnes que quatre années d'activité dans le domaine juridique, économique ou social qualifient pour l'exercice des fonctions judiciaires » et les « personnes ayant exercé des fonctions d'enseignement ou de recherche en droit dans un établissement public d'enseignement supérieur pendant trois ans après l'obtention de la maîtrise en droit et possédant un diplôme d'études supérieures dans une discipline juridique »¹²³⁸.

¹²³⁵ Article 27 loi du 29 ventôse an XII, *op. cit*

¹²³⁶ Article 17, ord. stat.

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ Article 18, ord. stat.

Dans le cadre des concours complémentaires prévus à l'article 21-1, pour « les candidats aux fonctions du second grade de la hiérarchie judiciaire doivent [...] justifier d'au moins dix ans d'activités professionnelles dans le domaine juridique, administratif, économique ou social, les qualifiant particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires »¹²³⁹. Il en est de même pour les candidats aux fonctions de premier grade où il est exigé « au moins quinze ans d'activités »¹²⁴⁰.

Le recrutement latéral prévu à l'article 22 et suivants de l'ordonnance de 1958 exige également une expérience professionnelle juridique. En effet dans le cadre d'une intégration directe à la magistrature à des fonctions du second grade doivent en plus de respecter les conditions de l'article 16 justifier « de sept années au moins d'exercice professionnel les qualifiant particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires »¹²⁴¹ et pour le premier grade « dix-sept années au moins d'exercice professionnel les qualifiant particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires »¹²⁴². Pour éviter une litanie fastidieuse sur les modes de recrutement parallèle, il existe à la fois pour les magistrats temporaires (article 41-10) et pour le détachement judiciaire (article 41), des conditions d'expérience posées comme compétence juridique des candidats à la magistrature.

L'expérience professionnelle remplit l'exigence de compétence juridique, en parallèle du diplôme. Bien qu'elles soient toutes deux des facettes de la compétence juridique, elles ne sont pas équivalentes en force. Sur ce point, l'association des magistrats intégrés et issus des concours complémentaires et exceptionnels (AMICCE) font état d'« une réelle dégradation des conditions de recrutement [...] des magistrats issus des voies latérales »¹²⁴³. Ils estiment être les parents pauvres de la magistrature loin de la « voie normale qu'est l'ENM »¹²⁴⁴ relevant le peu de postes à pourvoir par rapport aux autres modes de recrutement malgré une compétence juridique existante issue de l'expérience ou d'un diplôme.

Il est délicat de déterminer et de délimiter une compétence juridique sur des exigences si disparates, à l'aune de diplômes différents avec des expériences disposant de durées différentes à travers tant de modes d'entrée de la magistrature. Ainsi, si la compétence juridique n'est pas la même pour tous, elle ne peut valablement pas être quantifiée et donc mise sur un pied

¹²³⁹ Article 21, *ibid.*

¹²⁴⁰ *Ibid.*

¹²⁴¹ Article 22, *Ibid.*

¹²⁴² Article 23, *Ibid.*

¹²⁴³ M. BABONNEAU, « Les magistrats ne sont pas tous logés à la même enseigne », *D. actu*, 4 janvier 2016.

¹²⁴⁴ *Ibid.*

d'égalité, notamment sur l'expérience qui par essence est propre à chacun. Potentiellement, il existe autant d'expériences professionnelles que de candidats à la magistrature, le nombre d'année comme seule donnée quantifiable ne peut être suffisant. Chaque mode d'entrée exigeant soit de manière unique ou soit cumulative un nombre d'année pouvant varier d'une période allant de 3 à 17 ans. L'ordonnance de 1958, pour faire ressortir la compétence juridique, peut faire combiner une expérience avec un diplôme, exiger seulement un diplôme ou une expérience professionnelle dans le monde juridique. Ainsi, il n'y a pas une seule et unique compétence juridique comme définit par la loi de 1810. Il existe une forte disparité entre les compétences juridiques exigées selon les modes d'entrée de la magistrature.

À propos de cette disparité flagrante dans la notion de compétence juridique du futur magistrat, un projet de réforme de la magistrature tente d'uniformiser, de standardiser la compétence juridique du magistrat et de la sortir de cette pluralité de compétence néfaste à terme pour la légitimité du magistrat. En effet, le projet de loi en 28 octobre 2015 relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société¹²⁴⁵ prévoit une refonte partielle de la qualité juridique du magistrat sur plusieurs points.

L'article 4 du projet de loi souhaite modifier l'exigence de diplôme prévue à l'article 16 1° de l'ordonnance de 1958 et la remplacer par une formulation « globale » qui serait l'exigence « d'une qualification reconnue au moins équivalente au master 1 »¹²⁴⁶. Ce projet prévoit également une modification de l'article 18-1 de l'ordonnance de 1958 en supprimant la référence explicite du diplôme de droit pour s'aligner avec la potentielle nouvelle rédaction de l'article 16. Le projet de loi fait expressément référence à la possibilité pour les titulaires d'un diplôme d'IEP d'intégrer la magistrature par ce biais rendant caduque la décision du Conseil d'État¹²⁴⁷ vue précédemment. De plus, l'exigence de diplôme pour les détenteurs d'un doctorat sera simplifiée en n'exigeant plus un second diplôme.

Ces deux modifications touchent aux modes d'entrée les plus importants en raison du nombre de postes offerts pour la magistrature en simplifiant les exigences de diplôme. Cependant, le projet de loi cite un rapport¹²⁴⁸ qui estime qu'à travers « l'opportunité de réduire les exigences

¹²⁴⁵ Projet de loi organique relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société, déposée au Sénat en date du 28 octobre 2015.

¹²⁴⁶ Article 4, *op. cit.*, p.31

¹²⁴⁷ CE, 24 octobre 2014, Rec., 2014.

¹²⁴⁸ Rapport n° 383 (2006-2007) Pierre Fauchon et Charles Gautier, fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/notice-rapport/2006/r06-383-notice.html>.

de diplôme : ne risque-t-on pas d'affaiblir la qualité des recrutements ? »¹²⁴⁹. En effet, la qualité juridique du magistrat via le prisme de l'exigence d'un diplôme est centrale, la diminuer peut potentiellement remettre en cause la qualité des magistrats. Par voie de conséquence, cette diminution aura un impact pour la magistrature elle-même.

Une décision du Conseil constitutionnel en date du 19 février 1998¹²⁵⁰ dresse un constat sévère sur la qualité juridique des magistrats. Le Conseil constitutionnel estime que « dans la mesure où ni les diplômes obtenus par les candidats ni l'exercice professionnel antérieur des intéressés ne font présumer, dans tous les cas, la qualification juridique nécessaire à l'exercice des fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire, les mesures réglementaires d'application de la loi devront prévoir des épreuves de concours de nature à permettre de vérifier, à cet effet, les connaissances juridiques des intéressés »¹²⁵¹.

Ce considérant du Conseil constitutionnel expose la problématique de la compétence juridique telle que traitée par l'ordonnance de 1958. La condition de diplôme et d'expérience sont à géométrie variable, et ne peuvent donc suffire à garantir la réelle compétence du magistrat. Cette décision reprend le terme « présumer » qui accompagna la compétence juridique du magistrat tout au long du XIX^{ème} siècle, et qui semble toujours le faire à l'heure actuelle mais dans une moindre mesure tout de même. Même si la compétence juridique du magistrat est essentielle et prégnante pour l'ordonnance de 1958, elle souffre de maux identiques à celle de la loi du 20 avril 1810. Cependant, l'exigence napoléonienne avait pour but de ne pas être un facteur bloquant pour le pouvoir tandis que l'exigence actuelle est voulue dans un but louable, avec « l'objectif de diversification du corps de la magistrature »¹²⁵².

Finalement, aussi bien au cours du XIX^{ème} siècle que dans la magistrature actuelle, la compétence juridique est un pré requis inévitable mais ne peut valablement pas être une exigence absolue puisqu'elle ne peut être que présumée. Que ce soit par un diplôme ou une expérience dans le monde juridique, cela ne peut véritablement garantir un magistrat réellement compétent.

¹²⁴⁹ Projet de loi organique relatif à l'indépendance, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁵⁰ DC n°98-396, 19 février 1998 à propos du recrutement par concours exceptionnels, JORF n°48 du 26 février 1998, p. 2976.

¹²⁵¹ *Ibid.*

¹²⁵² Projet de loi 22 octobre 2015, *op. cit.*, p. 33.

Paragraphe 2 : La transformation subséquente de la magistrature

L'explicitation des qualités et compétences attendues pour être magistrat a produit fatalement des effets. Une modification en profondeur des règles et leur appréciation conduit à une modification du corps de la magistrature.

La transformation des règles entraîne la fin de l'uniformité hégémonique représentée par la notabilité. Cette hétérogénéisation de la magistrature bien qu'enclenchée reste inachevée sur le plan sociologique (I). Néanmoins, on remarque une féminisation certaine de la magistrature (II).

I : L'hétérogénéisation sociale inaboutie de la magistrature

La modification des qualités et compétences attendues pour devenir magistrat a une influence directe et évidente sur le corps de la magistrature. S'affranchissant du caractère discrétionnaire, le corps de la magistrature se dote de règles plus objectives et écrites empêchant au pouvoir une trop grande latitude dans ses choix. Les caractéristiques de la magistrature vont alors nécessairement changer. Les paramètres ont changé.

En revanche, d'autres transformations plus profondes ne sont pas tant dues à la modification d'une seule règle mais résultant de la transformation des principes gouvernant les règles. Abandonnant l'arbitraire rendu possible par l'utilisation de règles discrétionnaires, peu précises, les règles sont fondées sur des critères les plus objectifs possibles. Même la compétence morale, notion ô combien subjective à l'origine, trouve une définition et une appréciation se voulant objective.

Le passage vers d'un corpus de règle objectif a pour but d'extraire le pouvoir politique du choix du magistrat. La magistrature ne se construit plus selon la volonté du pouvoir mais par l'objectivité des règles. Ce virage devrait alors entraîner une transformation profonde de la magistrature.

La question du profil sociologique de la magistrature par celui des magistrats est au cœur du problème. Pour gagner en stabilité et en obéissance, la magistrature uniformément composée d'une bourgeoisie économique couplée avec un népotisme n'est possible que par la volonté du pouvoir politique. Le retrait de cette faculté devrait permettre de voir la disparition de ce profil très ciblé en toute logique. Même avec la fin d'un choix discrétionnaire et arbitraire, il subsiste

quand même une sorte de notabilité. La magistrature recrute toujours dans un vivier particulier, dans les couches les plus élevées de la société et ce de manière continue depuis le milieu du XX^{ème} siècle.

Malgré l'instauration d'un recrutement objectif, il subsiste toujours une forte tendance au recrutement dans les strates les plus élevées de la société.

Dès les années 60 jusque dans les années 1970¹²⁵³, les auditeurs avaient pour moitié un parent provenant de la fonction publique, 15% des professions judiciaires contre 3% pour l'industrie et moins de 1% du monde ouvrier. Pareil constat peut être mené jusque dans les années 70. La diversification sociale ne peut être que « douteuse »¹²⁵⁴.

Ce même constat de continuité du vivier favorisé pour la magistrature peut être fait pour une période postérieure allant de 1976 à 1985. En effet, sur la période 1976-1978, 60% des magistrats recrutés étaient issus d'une catégorie socio-professionnelle (CSP) « cadre supérieur et professions intellectuelles », et sur la période 1982-1985, ce pourcentage progresse jusqu'à 65,7% tandis que sur les mêmes périodes, la CSP « agriculteurs » ne représente que 3,5% et 2,7%, et celle des ouvriers passe de 7,9% à 3,4%¹²⁵⁵.

Monsieur Jean Luc Bodiguel estime que le renouvellement de la magistrature aura lieu en l'an 2000, quand elle aura « son nouveau visage »¹²⁵⁶. Malheureusement peu de choses ont changé sur la diversification depuis les années 60, elle demeure toujours aussi incertaine malgré le passage à l'an 2000.

Sur des statistiques plus récentes de 2009, il existe une plus grande fragmentation des catégories socio-professionnelle mais toujours la même propension au recrutement des magistrats dans les CSP les plus élevées et donc, in fine, les plus aisées. En effet, selon l'origine socio professionnelle du père, 27,27% des auditeurs recrutés en 2009 avaient un père issu de la CSP « Profession libérale », 15,91% « cadre de la fonction publique » et 7,95% pour la CSP « Cadre administratif et commercial d'entreprise » qui sont les CSP les plus élevées ce qui représente 51,13% du total des auditeurs en 2009 pour le premier concours tandis que la CSP « ouvrier » représente toujours un niveau faible 3,41%¹²⁵⁷.

¹²⁵³ V. à ce sujet, M. PAUTI, *Les magistrats de l'ordre judiciaire*, thèse de doctorat, Droit, Paris 2, 1974, 503 p.

¹²⁵⁴ J-L. BOGIDUEL, « Qui sont les magistrats français ? Esquisse d'une sociologie », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 39 et s.

¹²⁵⁵ P. ASTRUC, *Devenir magistrat aujourd'hui*, Paris, Lextenso, 2010, p. 34.

¹²⁵⁶ J-L. BOGIDUEL, *op. cit.*, p. 42.

¹²⁵⁷ P. ASTRUC, *ibid.*

Enfin pour s'intéresser à une période plus actuelle¹²⁵⁸, les différences sur les origines socio-professionnelles des auditeurs de justice sont toujours aussi marquées. Les chiffres du 1^{er} concours sont les plus éloquents car ce concours est le plus pourvoyeur en poste. Le 1^{er} concours devient alors l'échantillon le plus important à analyser.

Il est intéressant d'analyser les professions s'agrégeant dans l'ensemble appelé CSP+¹²⁵⁹ et les professions d'employés et d'ouvriers non qualifiés en tant qu'origine socio professionnelle par les professions des pères et mères des lauréats du 1^{er} concours.

À travers un nombre d'auditeurs relativement stable sur les années d'études¹²⁶⁰, plusieurs grandes tendances se dégagent et confirment celles déjà observées.

L'ensemble CSP+ se trouve être l'origine socio-professionnelle majoritaire des auditeurs de justice issus du 1^{er} concours pour ce qui concerne le père oscillant entre 48% en 2019 et 51.63% en 2017. Des professions telles que cadre de la fonction publique¹²⁶¹, cadre administratif¹²⁶² ou profession libérale¹²⁶³ ont un impact sur la magistrature en tant qu'origine socio-professionnelle. Concernant les origines socio-professionnelles du côté de la mère, elle est un peu en recul, n'est pas majoritaire mais reste tout de même très élevée. La part d'une mère CSP+ parmi les lauréats du 1^{er} concours s'approche ou atteint les 40%. Au sein de ces 40%, la profession cadre de la fonction publique prend la plus grande part de manière constante¹²⁶⁴.

Après avoir observé les professions CSP+, il convient à présent de s'intéresser aux professions d'ouvrier et d'employé non qualifié et leur présence en tant qu'origine socio-professionnelle.

Concernant le père, la CSP « ouvrier non qualifié » se stabilise autour de 1.23% avec une pointe à 3.62% en 2019. La CSP « employé non qualifié » autour de 1.6% tombe à 0.41% en 2018 et 0.45% en 2019. L'ensemble de ces deux CSP représente entre 1.63% au plus bas en 2018 et 4.07% en 2019. Concernant la mère, La CSP « ouvrier non qualifié » est stable autour 1.25%

¹²⁵⁸ Pour se faire, nous analyserons les statistiques produites par l'ENM dans les profils des promotions ENM de 2016 à 2019.

¹²⁵⁹ Ce sont les professions libérales, les cadres administratifs, les ingénieurs, les cadres de la fonction publique et les professeurs et professions scientifiques ; ces appellations sont celles utilisés par l'ENM pour le profil des promotions.

¹²⁶⁰ 245 en 2016, 243 en 2017, 245 en 2018 et 221 en 2019.

¹²⁶¹ 13.06% des auditeurs de justice issus du 1^{er} concours avaient un père cadre de la fonction publique en 2016.

¹²⁶² 14.03% des auditeurs de justice issus du 1^{er} concours avaient un père cadre administratif en 2019

¹²⁶³ 17.07% des auditeurs de justice issus du 1^{er} concours avaient un père en profession libérale en 2017

¹²⁶⁴ 12.24% en 2016, 13.7% en 2017, 10.61% en 2018 et 11.31% en 2019.

tandis que la CSP « employé non qualifié » oscille entre les 2 et 3%¹²⁶⁵. L'ensemble tourne autour de 4%.

On note ainsi aisément que majoritairement les élèves magistrats ont pour ascendance une CSP+ qu'elle soit paternelle ou maternelle. Une ascendance issue des professions peu ou pas qualifiées demeure extrêmement minoritaire. Dans l'absolu, ces chiffres donnent une tendance mais n'indique en rien si un tel décalage est normal. Il convient alors de s'intéresser à la part de ces CSP dans l'ensemble de la population française.

Dans un rapport de l'INSEE en 2018, la part des « cadres et professions intellectuelles supérieures », correspondant aux CSP+ et les professions rapportées par les statistiques de l'ENM, est de 18.4% dans l'ensemble de la population française¹²⁶⁶. Les CSP « ouvrier et employé non qualifié » représentent chacune 7%¹²⁶⁷ et 13.2%¹²⁶⁸ de la population française, pour un total 20.2%.

À la lumière de ces statistiques, l'écart est abyssal. Les CSP+ sont surreprésentées et les professions peu qualifiées sont extrêmement sous-représentées.

En prenant l'exemple de la promotion 2019 issue du 1^{er} concours, si les statistiques des CSP de l'INSEE étaient transposées, sur 221 auditeurs de justice, 43 auraient pour père ayant pour profession une CSP+, 19 un ouvrier non qualifié et 44 une mère employé non qualifié. En reprenant les chiffres de l'ENM, 107 auditeurs ont un père CSP+ contre 8 de la CSP « ouvrier non qualifié » et 6 mères de la CSP « employé non qualifié ».

Par comparaison, la surreprésentation des CSP+ et la sous-représentation des professions peu qualifiées est flagrante. Elle montre clairement que le recrutement des futurs magistrats se fait parmi les classes supérieures de la population et ce sans l'intervention du pouvoir politique comme auparavant.

Les professions CSP+ sont la traduction moderne de la notabilité appliquée à la magistrature. Il existe sans une continuité d'un recrutement dans un vivier favorisé de « professions intellectuelles » au détriment d'autres catégories moins aisées. Il est évident que la recherche par le pouvoir de la notabilité n'existe plus. Cependant, les statistiques démontrent une

¹²⁶⁵ 2.45% en 2016, 2.06% en 2017, 3.27% en 2018 et 2.71% en 2019.

¹²⁶⁶ 15.7% pour les femmes et 20.8% pour les hommes.

¹²⁶⁷ 4.8% pour les femmes et 9.1% pour les hommes.

¹²⁶⁸ 21.1% pour les femmes et 5.9% pour les hommes.

persistance de ce recrutement dans les couches supérieures de la population bien qu'elle soit totalement involontaire.

Pour tenter d'expliquer cette continuité, il est nécessaire d'avancer une justification sociologique très pragmatique selon laquelle un fils d'ouvrier a un accès plus difficile à une éducation favorisée qu'un fils de magistrat, avocat ou médecin ; ainsi, le fils de magistrat aura plus de chance de devenir lui-même magistrat ou médecin qu'un fils d'ouvrier. Cependant, au-delà d'une explication sociologique validée et cohérente, la magistrature forme un corps social très particulier et peut donc potentiellement expliquer cette continuité.

La continuité de ce type particulier de reproduction sociale est involontaire de la part du pouvoir politique. Le corps social qu'est la magistrature poursuit un modèle qui fût auparavant une exigence pour devenir sa véritable nature. Bien que cette tendance soit moins prononcée que par le passé et plus connotée politiquement, elle marque toujours de son empreinte la magistrature. D'ailleurs, cette emprise des classes supérieures dans le recrutement des magistrats n'est pas que l'apanage de l'ENM. Les autres grandes écoles comme l'ENA, Science Po, Normale Sup ou Polytechnique souffrent des mêmes problématiques et dans des proportions équivalentes¹²⁶⁹.

Pour tenter de casser cette tendance, un arrêté du 22 mai 2008¹²⁷⁰ a mis en place un dispositif spécifique. En effet, pour permettre de recruter des futurs magistrats autre part que dans les CSP+, il a été mis en place des classes préparatoires à l'ENM dite « égalité des chances ». L'article premier de cet arrêté expose de manière très claire le but de ces classes « égalité des chances » et le problème qu'elle tente de régler. Cet article indique que « pour encourager et diversifier l'accès au corps de la magistrature, l'ENM assure l'organisation d'une classe préparatoire qui a pour mission de préparer des étudiants au premier concours d'accès à ladite école »¹²⁷¹. La sélection des candidats à la classe « égalité des chances » se fait sur leur motivation, le déroulement de leurs études, de leur origine géographique, de leurs ressources et de celles de leurs parents¹²⁷². Cette classe permet un soutien financier, matériel et d'hébergement¹²⁷³. La seule contrepartie pour les personnes admises à cette classe préparatoire

¹²⁶⁹ Y. DEMOLI, L. WILLEMEZ, *L'âme du corps, La magistrature française dans les années 2010 : morphologie, mobilité et conditions de travail*, rapport final, juin 2019, p. 27.

¹²⁷⁰ Arrêté du 22 mai 2008 relatif à l'organisation des classes préparatoires au premier concours d'accès à l'École nationale de la magistrature, JORF n°0120 du 24 mai 2008, p. 8478.

¹²⁷¹ Article 1, Arrêté du 22 mai 2008, *op. cit.*

¹²⁷² Article 4, *op. cit.*

¹²⁷³ Articles 12 et s., *ibid.*

est de s'inscrire et de participer de manière effective aux épreuves du premier concours d'entrée à l'ENM¹²⁷⁴.

L'initiative de création de cette classe préparatoire est fort louable mais révèle nécessairement ce problème chronique du manque de diversité des auditeurs de justice, et de la magistrature fonctionnant sur la reproduction sociale par les classes les plus élevées de la société. Voulue ou non, elle continue d'exister. Elle se produit avec ou sans l'intervention du pouvoir politique.

En revanche, le bouleversement des règles et l'appréhension de ces dernières ont opéré des transformations certaines. Au premier rang, on retrouve la féminisation massive de la magistrature. Le rajeunissement et la mobilité accrue des magistrats sont également, dans une moindre mesure, des nouvelles caractéristiques de la magistrature.

II : La féminisation de la magistrature

Au-delà d'une diversification sociale inachevée car consubstantielle à la magistrature et sa construction, d'autres transformations sont intervenues.

La première et incontestablement, la plus marquée, est la féminisation de la magistrature.

Depuis 1946 et la consécration de l'ouverture de la magistrature aux femmes, on constate une féminisation très importante de la profession de magistrat. Elle passe essentiellement par le recrutement des auditeurs de justice, la plus grosse part du contingent intégrant la magistrature, qui progressivement va venir féminiser le corps tout en entier.

Timide dans les années 50 et 60, la féminisation de la magistrature va connaître son premier boom dans les années 1970¹²⁷⁵ concomitamment à la raréfaction des candidatures masculines pour l'ENM¹²⁷⁶. À partir de 1984, la part de femmes dans les différentes promotions de l'ENM va connaître une progression importante. Tournant autour des 55%, elle augmente en moyenne de 20 points pour osciller vers les 75% jusqu'à nos jours atteignant les 81.04% en 2012¹²⁷⁷. II

¹²⁷⁴ Article 11, *ibid.*

¹²⁷⁵ Entre les années 1948 et 1960, les femmes admises oscillent entre 20 et 40% ; dans les années 60, elles stagnent autour des 25%. A partir de 1970, la part de femmes reçue au concours croît sans s'interrompre In : A.BOIGEOL, « La magistrature française au féminin : entre spécificité et banalisation », *Droit et société*, n°25, 1993, p. 490.

¹²⁷⁶ A. BOIGEOL, *La justice : une affaire de femmes ?*, in J-P. ROYER (dir.). *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 108.

¹²⁷⁷ Profil de la promotion 2019 de l'ENM, p. 9.

est à noter que l'ENM est fortement féminisée par rapport à l'autre grande école, prise en exemple par l'ENM lors de sa création, qu'est l'ENA¹²⁷⁸.

Par l'incorporation des promotions successives à majorité de plus en plus féminine, la magistrature se féminise alors progressivement, année après année. Passant de 8% en 1969, 18% en 1978, 39% en 1988 et 49.8% en 2001¹²⁷⁹, la magistrature est désormais un corps majoritairement féminisé à hauteur de 66%¹²⁸⁰.

Au-delà de ce constat implacable d'une féminisation progressive de la magistrature, un tel changement dans la composition de la magistrature ne peut se faire sans soulever de lourdes difficultés. Le constat global de féminisation, qui est irréfutable, ne peut gommer les freins ou blocages qu'a connu cette dernière.

Pour Marc Ancel, « une profession qui se féminise est une profession qui se dévalorise et, dès lors, ne risque d'apparaître, plus que jamais, comme un repoussoir aux yeux des candidats masculins »¹²⁸¹. Le sexe féminin fait l'objet de préjugés à son encontre « sur la nature même de la femme, c'est-à-dire non seulement de mère potentielle, mais encore de créature cycliquement en proie à ces mystérieuses indispositions propre à ce sexe »¹²⁸². Il va enfin estimer que les femmes sont « peu fiables [...], dans leur aptitude à exercer des responsabilités »¹²⁸³.

Ce dénigrement de la femme, d'une rare violence ici, témoigne d'un climat pour le moins particulier. Ce climat a nécessairement entouré les débats et réflexions autour de l'ouverture de la magistrature aux femmes, avant 1946.

Sans atteindre les poncifs sur les femmes, divers arguments ont émergé pour tenter de freiner ou limiter l'accès des femmes dans la magistrature.

Tout d'abord, l'argument premier pour repousser l'accession des femmes à être magistrat est celui de la compétence. Considérer qu'elles ne sont pas compétentes, a contrario des hommes, est un argument utilisé car le manque de compétence nuit à la magistrature dans la logique de celui qui l'utilise. Par exemple, un haut magistrat estima que « sauf exception, les femmes sont

¹²⁷⁸ L'ENM est féminisée à 80% tandis que l'ENA ne l'est qu'à 30 %, « Féminisation de la magistrature et retour à la mixité », *JCP. G*, n° 9-10 - 4 mars 2019, p. 22.

¹²⁷⁹ A. BOIGEOL, *La justice : une affaire de femmes ?*, in J-P.ROYER (dir.), *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 108.

¹²⁸⁰ « Les magistrats ; un corps professionnel féminisé et mobile », Infostat Justice, Ministère de la Justice, 2018, n°161, p. 1.

¹²⁸¹ Citation de Marc Ancel, in C. FILLON, *Devenir juge ; Mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, PUF, 2008, p. 92 et 93.

¹²⁸² *Ibid.*, p. 93.

¹²⁸³ *Ibid.*

d'une part inaptes à exercer nos fonctions d'autorité, d'autre part nuisent au prestige du corps judiciaire »¹²⁸⁴. Ce même sentiment de perte de prestige comme conséquence de la féminisation massive de la magistrature s'ancre dans les jurys du concours¹²⁸⁵.

Il est également évoqué l'absence de l'ensemble des droits politiques des femmes pour repousser l'extension de l'ouverture à la magistrature, expliquer qu'ouvrir la possibilité pour une femme de devenir magistrat la fait sortir de son rôle de mère ou que du fait qu'elle soit faible et fragile, la femme est un danger pour la justice pour les justiciables¹²⁸⁶

In fine, le réel argument expliquant un tel blocage et une volonté farouche de freiner, c'est le refus de changement de la magistrature. Elle fonctionne depuis des siècles, avant et après la Révolution française, sans les femmes. La féminisation est un grand bouleversement au milieu d'un océan de continuité comme pour les origines sociales. Tous les arguments évoqués sont tous gouvernés par la peur d'un changement inexorable. En considérant l'ouverture de la magistrature à un danger, à quelque chose de nocif pour la magistrature et la justice au sens large, il est évident que le changement est redouté. Intégrer les femmes dans la magistrature, c'est bouleverser l'habitus professionnel du corps de la magistrature¹²⁸⁷.

Malgré ces peurs et blocages, la féminisation est bien enclenchée et ce de manière mécanique. Elle dispose de causes expliquant un tel mouvement. Elle repose sur la conjonction de plusieurs éléments combinés la favorisant dès l'origine et qui l'entretienne.

Le premier élément d'explication de la féminisation est relatif à la compétence juridique, dorénavant centrale pour le recrutement. Depuis le début du XXème siècle, il existe une féminisation des études de droit progressive passant de 0.1% en 1900 à 24.8% en 1950¹²⁸⁸. De nos jours, dans les promotions de Master 2 (diplôme majoritaire des lauréats des concours de la magistrature¹²⁸⁹), les femmes y représentent 70 à 80% des effectifs¹²⁹⁰. Les femmes sont

¹²⁸⁴ Rapport du Substitut général de la Cour d'appel de Paris, directeur du stage, à monsieur le Procureur Général, 17 novembre 1955, In : A. BOIGEOL, « Les femmes et les Cours. La difficile mise en œuvre de l'égalité des sexes dans l'accès à la magistrature. », *Genèses*, 22, 1996. La ville : postures, regards, savoirs, p. 107.

¹²⁸⁵ J-L. BODIGUEL, *Les magistrats, un corps sans âme ?*, Paris, PUF, 1991, p. 156.

¹²⁸⁶ A. BOIGEOL, « Les femmes et les Cours. La difficile mise en œuvre de l'égalité des sexes dans l'accès à la magistrature. », *Genèses*, 22, 1996. La ville : postures, regards, savoirs, p. 111 – 112.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p. 112.

¹²⁸⁸ A. BOIGEOL, *La justice : une affaire de femmes*, op. cit., p. 107.

¹²⁸⁹ 86,88% des admis au 1^{er} concours d'accès à la magistrature avaient comme diplôme le plus élevé un Master 2, « Les magistrats ; un corps professionnel féminisé et mobile », Infostat Justice, Ministère de la Justice, 2018, n°161, p. 13.

¹²⁹⁰ P. ASTRUC, *Devenir magistrat aujourd'hui*, Paris, Lextenso, 2010, p. 30.

majoritaires dans les études permettant d'acquérir une compétence juridique qui est exigée pour intégrer la magistrature.

Cette féminisation des études de droit s'accompagne d'atouts pour poursuivre une féminisation plus globale. Recrutant dans les plus hautes strates de la société, les femmes s'inscrivent dans ce large mouvement. Les femmes, dès le milieu du XX^{ème} siècle, ont des origines sociales plus élevées que les hommes¹²⁹¹. Elles disposent aussi d'un capital scolaire supérieur, plus disposées à réussir leur formation scolaire et universitaire¹²⁹². Dès lors, tout semble concorder pour avoir une féminisation efficace de la magistrature expliquant la progression constante de ce processus.

Néanmoins, même dans un contexte favorisant la féminisation en atteignant des proportions importantes, il subsiste encore un blocage majeur sur la carrière des femmes. La féminisation massive ne concerne la magistrature d'un point de vue quantitatif sur la masse totale des effectifs. La difficulté se pose sur la féminisation qualitative de la magistrature, sur les postes occupés par les femmes.

Tout d'abord, et sans que cela soit le problème évoqué, les hommes et les femmes magistrats n'ont pas les mêmes aspirations en termes de poste. Il est observable que depuis les années 50 une féminisation ciblée des fonctions. En effet, les fonctions du siège sont plus féminisées que celle que parquet. Il y a une surreprésentation des femmes dans les fonctions de siège pur, de juge des enfants et de juge d'instance et sous représentées dans les fonctions du parquet de d'instruction¹²⁹³. Ces grandes tendances sont encore actuelles au sein de la magistrature malgré la féminisation toujours croissante de la magistrature¹²⁹⁴.

Cependant, là où le bât blesse, c'est concernant l'accession des femmes aux postes les plus élevés de la hiérarchie judiciaire. La première femme procureur général auprès d'une Cour d'appel date de 1981 et ce n'est qu'en 1983 qu'une femme¹²⁹⁵ devient premier président de la Cour de cassation¹²⁹⁶. Il faudra attendre le 22 juillet 2019 pour que Madame Chantal Arens soit seulement la seconde femme à occuper cette haute fonction.

¹²⁹¹ A. BOIGEOL, « La magistrature française au féminin : entre spécificité et banalisation », *Droit et société*, n°25, 1993, p. 491 – 494.

¹²⁹² *Ibid.*, p. 495 et s.

¹²⁹³ A. BOIGEOL, « La magistrature française au féminin : entre spécificité et banalisation », *Droit et société*, n°25, 1993, p. 499 et s.

¹²⁹⁴ V. à ce propos : « Les magistrats ; un corps professionnel féminisé et mobile », *Infostat Justice*, Ministère de la Justice, 2018, n°161, p. 3.

¹²⁹⁵ Madame Simone ROZES.

¹²⁹⁶ J-L. BODIGUEL, *Les magistrats, un corps sans âme ?*, Paris, PUF, 1991, p. 150.

Au-delà de ces quelques dates qui interpellent, elles traduisent néanmoins un mal plus profond appelé « plafond de verre ».

Ce plafond de verre n'est rien d'autre que la difficulté pour les femmes d'accéder aux fonctions les plus élevées au contraire de leurs collègues masculins et ce depuis l'ouverture au milieu de XXème siècle même si il y a une nette progression jusque dans les années 90 pour les échelons intermédiaires¹²⁹⁷.

Néanmoins, il subsiste toujours une faiblesse de présence féminine dans les postes de chefs de Cours. Ainsi, en 1992, il y avait 17% présidents de Cours ou de chambre qui étaient des femmes, 34.6% de femmes conseillers et 21.4% de femmes présidents de TJ. Au parquet, de manière encore plus nette, 8% de femmes procureur général, avocat ou substitut général et 12% de femmes Procureur de la République¹²⁹⁸.

On retrouve toujours à l'heure actuelle une différence notable entre les femmes et les hommes chefs de juridictions. On dénombre 134 chefs de juridictions femmes contre 268 hommes. De manière plus précise, sur la tranche d'âge 56-60 ans, il y a 41 femmes chefs de juridiction contre 70 hommes. Cette fonction est occupée ici par 5% des femmes de cette tranche d'âge contre 13% pour les hommes. Ce constat de sous-représentation des femmes est applicable aux autres tranches d'âge de manière globale¹²⁹⁹.

Ce plafond de verre est particulièrement vrai pour les postes les plus élevés de la hiérarchie, ceux appelés hors hiérarchie.

Pour tous les postes du premier grade et hors hiérarchie, on compte 3818 femmes et 2334 hommes soit 62.1% et 37.9%. Pour les seuls postes hors hiérarchie, on dénombre 451 femmes et 555 hommes soit 44.8 et 55.2%¹³⁰⁰.

Ce plafond de verre dispose d'un indice statistique très précis calculé entre le pourcentage total des premiers grades et hors hiérarchie et hors hiérarchie uniquement. Il est de 0.69 pour les

¹²⁹⁷ A. BOIGEOL, « La magistrature française au féminin : entre spécificité et banalisation. », op. cit., p. 507 – 508.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, p. 510.

¹²⁹⁹ Y. DEMOLI, L. WILLEMEZ, *L'âme du corps, La magistrature française dans les années 2010 : morphologie, mobilité et conditions de travail*, rapport final, juin 2019, p. 35.

¹³⁰⁰ « Les magistrats ; un corps professionnel féminisé et mobile », *Infostat Justice*, Ministère de la Justice, 2018, n°161, p. 4.

hommes et de 1.38 pour les femmes¹³⁰¹. L'idéal serait d'avoir un indice de 1 pour avoir des proportions parfaites dans l'accèsion des plus hauts postes.

Le rapport de force s'est totalement inversé, les hommes devenant majoritaire pour ces postes. Une femme ayant entre 51 et 55 ans avec entre 26 et 30 ans d'ancienneté a 14.6% de chance d'être hors hiérarchie. Un homme disposant des mêmes caractéristiques de carrière aura 28.4% de l'être¹³⁰². L'explication de ce plafond de verre est le refus des femmes de postuler soit ne le voulant pas ou anticipant un refus du CSM pour la promotion¹³⁰³.

Malgré toutes les résistances passées et présentes, la féminisation est un fait incontestable. Loin de la traditionnelle magistrature et de ses habitus, elle est une chance. Pour Alain Peyrefitte, ancien garde des sceaux, « l'image de la justice n'aura sans doute qu'à gagner à se féminiser, c'est-à-dire s'humaniser »¹³⁰⁴.

La féminisation de la magistrature a eu un impact majeur sur une autre caractéristique de la magistrature, celle de l'âge. La féminisation est devenue le biais principal du rajeunissement de la magistrature.

Le passage de l'exigence d'un âge minimum vers un âge maximum a fait basculer mécaniquement l'âge moyen des auditeurs de justice.

Il existe une limite d'âge maximale pour pouvoir présenter les concours de la magistrature. Elles sont de trente-un ans pour le premier concours, et quarante ans pour le deuxième et le troisième. Considéré comme une limite haute et stricte sauf report de la limite d'âge, l'âge moyen du candidat est nécessairement plus bas. De manière relativement stable selon les promotions, l'âge moyen d'un candidat au premier concours est de 25 ans, de 33 ans pour le second et de 37 ans pour le troisième concours¹³⁰⁵.

Cependant, le premier concours est le plus décisif pour la transformation de l'âge de la magistrature car il est plus le grand pourvoyeur de futur magistrat.

Au-delà d'un rajeunissement certain des auditeurs de justice, il est intéressant de noter une corrélation entre l'âge moyen des auditeurs de justice et le nombre de postes ouvert à l'auditorat.

¹³⁰¹ *Ibid.*

¹³⁰² *Ibid.*

¹³⁰³ A. BOIGEOL, « De la difficile entrée des femmes dans la magistrature à la féminisation du corps », *Femmes et justice pénale : XIXe-XXe siècles*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2002, p. 371.

¹³⁰⁴ J-L. BODIGUEL, *Les magistrats, un corps sans âme ?*, Paris, PUF, 1991, p. 157.

¹³⁰⁵ Chiffres tirés des profils des promotions des auditeurs de Justice transmis par l'ENM pour les années 2016, 2017, 2018 et 2019.

En effet, une corrélation statistique montre que plus le nombre de postes est élevé plus l'âge moyen de l'auditeur de justice est bas. A contrario, plus le nombre de postes est bas, plus l'âge moyen de l'auditeur de justice est élevé.

Par exemple, en 2009, l'âge moyen des auditeurs de justice était de 29 ans pour 105 postes (exclusivement à propos des concours mais le plus important en nombre de postes)¹³⁰⁶. En 2002, c'est l'extrême inverse qui se produit puisque l'âge moyen des auditeurs est de 23 ans pour 282 postes dont 192 offerts au premier concours de l'ENM. L'âge moyen pour la promotion 2015 est de 24 ans tant parmi les candidats que les lauréats¹³⁰⁷ pour 280 postes. Les candidats de la promotion 2016 se sont vus offrir 360 postes d'auditeurs de justice¹³⁰⁸ dont 88¹³⁰⁹ de manière complémentaire et exceptionnelle formant la plus grande promotion jamais atteinte d'auditeur de justice.

La promotion 2019 de l'ENM issue du premier concours avait une moyenne d'âge de 24.8 ans pour 221 postes avec un âge moyen total de 28 ans pour la promotion entière (concours + recrutement latéral)¹³¹⁰.

Cette corrélation peut trouver justement une explication dans le choix du futur magistrat ou auditeur. Il peut être concevable, qu'en cas de limitation de postes offerts par manque de moyen ou manque de demande de la magistrature sur ses effectifs, de privilégier les candidats les plus âgés par le biais du passage de l'admissibilité à l'admission.

Le rajeunissement de la magistrature par les promotions successives de l'École nationale de la magistrature est directement subordonné à un choix de la Chancellerie puisque qu'il incombe au garde des sceaux et au ministère de la Justice de déterminer le nombre de postes offerts aux trois concours. L'âge moyen des auditeurs de justice reste stabilisé depuis les années 2000 oscillant entre 27 et 28 ans¹³¹¹.

Ce mouvement de féminisation des promotions de l'ENM couplé à un âge moyen relativement bas grâce au premier concours va agir sur la magistrature. La pyramide des âges de la

¹³⁰⁶ P. ASTRUC, *op. cit.*, p. 39 pour l'âge moyen et p. 22 pour la répartition des postes.

¹³⁰⁷ Rapport sur les trois concours d'accès à la l'École nationale de la magistrature, Rapport ENM 2015, p. 5.

¹³⁰⁸ Arrêté 11 décembre 2015 portant ouverture au titre de l'année 2016 de trois concours d'accès à l'ENM, JORF n°0293 18 décembre 2015, texte n°17, arrêté 25 mars 2016, JORF du 30 mars 2016, texte n°48.

¹³⁰⁹ Arrêté du 25 mars 2016 portant ouverture au titre de l'année 2016 du concours de recrutement de magistrats du second grade de la hiérarchie judiciaire prévu par l'article 21-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF n°0077 du 1 avril 2016, texte n° 33.

¹³¹⁰ Profil promotion ENM 2019, p. 8.

¹³¹¹ *Ibid.*

magistrature est éloquente ; celle des hommes est inversée par rapport à celle des femmes¹³¹². Déjà que l'âge moyen des femmes est de 46,5 ans et celui des hommes est de 53 ans¹³¹³, l'inversion de la pyramide des âges tend nécessairement au rajeunissement de la magistrature.

Concernant les hommes, plus les tranches d'âges de 5 ans augmentent, plus le nombre de magistrat augmente. Pour 47 magistrats de moins de 30 ans, on passe à 97, 268, 362, 348, 388, 627, 657 puis 172 à plus de 65 ans. Malgré une stabilisation des effectifs entre 40 et 54 ans, on note une progression notable l'âge avançant. Pour les femmes, on peut faire le constat inverse. 201 et 626 magistrats entre 30 et 40 ans, puis 922, 802, 686, 701, 768, 611 et enfin 132. Le nombre écrasant de femmes magistrats avant 40 ans tend à se stabiliser et à repasser en dessous de celui des hommes après 59 ans. Le rapport de masculinité est clair, pour 20 magistrats hommes âgés entre 30 et 34 ans, il y a 100 femmes magistrats. Ce rapport passe à 60 magistrats pour la tranche 50-54 ans et 130 pour les 65 ans et plus¹³¹⁴. Cette pyramide des âges inversée est plus marquée pour le recrutement sur concours que le recrutement latéral¹³¹⁵.

La pyramide actuelle traduit deux choses. Elle traduit à la fois que le mouvement de féminisation est enclenché depuis quelques décennies déjà et que ce mouvement va en s'accélération. Plus la magistrature se féminise, plus elle rajeunit.

Enfin, cette nouvelle magistrature féminisée et en pleine cure de jouvence, a acquis un autre caractère. Elle est devenue de plus en plus mobile. La mobilité des magistrats tend à devenir un défi pour le corps de la magistrature. Elle renvoie à deux dimensions distinctes mais pouvant s'entrechoquer que sont la mobilité fonctionnelle et la mobilité géographique.

La mobilité est un impératif de la magistrature, elle est une « exigence liée à l'indépendance et aux risques de corruption que constituerait le fait de rester trop longtemps dans un même poste et dans un même espace géographique »¹³¹⁶.

Cependant, la mobilité est confrontée à des difficultés qui la freinent par endroit ou l'accélèrent trop fortement d'autre. La problématique de la mobilité est forcément marquée par le principe d'inamovibilité. Il ne peut y avoir alors mobilité du magistrat que s'il y consent. La loi

¹³¹² « Les magistrats ; un corps professionnel féminisé et mobile », *Infostat Justice*, Ministère de la Justice, 2018, n°161, p. 1.

¹³¹³ L'âge médian est respectivement de 46 et 51.5 ans, *ibid.*

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 2

¹³¹⁵ Y. DEMOLI, L. WILLEMEZ, *L'âme du corps, La magistrature française dans les années 2010 : morphologie, mobilité et conditions de travail*, rapport final, juin 2019, p. 24-25.

¹³¹⁶ Y. DEMOLI, L. WILLEMEZ, *L'âme du corps, La magistrature française dans les années 2010 : morphologie, mobilité et conditions de travail*, Note de synthèse, octobre 2019, p. 7.

organique de 2001 a remodelé la mobilité des magistrats¹³¹⁷ avec la perspective d'inciter à la mobilité dans un but d'intérêt général¹³¹⁸.

Le but du législateur semble avoir été atteint puisque « chaque année entre 25 et 30% des quelques 8300 magistrats que compte le pays changent ainsi d'affectation »¹³¹⁹. Derrière ces mobilités se cache une sévère complexité sur des mouvements tant géographique que fonctionnelle qui prennent de nombreuses dimensions¹³²⁰.

Ce qui est intéressant ici, ce n'est pas tant d'analyser ces mobilités, mais plus comment elles façonnent la magistrature. Il subsiste une hétérogénéisation assez forte sur la répartition géographique selon l'âge ou le sexe¹³²¹.

Elle est encore plus parlante sur le plan fonctionnel avec des chiffres montrant une mobilité importante. En moyenne, un magistrat occupe une même fonction 3.7 ans, 2.9 ans le même poste, reste 7.6 ans dans le même ressort et 16.5 ans dans la magistrature.

Ces chiffres tendant à démontrer que la mobilité devient une « hyper-mobilité » pour le CSM¹³²². Cet accroissement de la mobilité est dû à la conjonction de plusieurs causes ; aux vacances de poste nombreuses¹³²³, à l'attractivité extrêmement réduite de certaines juridictions et l'hyper attractivité de celles des métropoles pour les jeunes magistrats¹³²⁴ malgré des difficultés pratiques pour les magistrats mobiles¹³²⁵. Toute la problématique de la mobilité est que « les magistrats doivent être mobiles mais dans une certaine limite »¹³²⁶.

L'objectivisation des règles de recrutement a eu pour effet une transformation majeure de la magistrature malgré la subsistance d'une homogénéité sociale. Cette nouvelle magistrature est le résultat d'un changement de logique et surtout d'une modification en profondeur de ces

¹³¹⁷ Chapitre 1, Loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n° 0146 du 26 juin 2001, p. 10119, texte n°1.

¹³¹⁸ CE, 6e et 1re ch., 29 mars 2017, n°397724, Mme B., Mentionnée au Recueil Lebon ; P. GRAVELEAU, « Incitation des magistrats à la mobilité géographique », *Gaz. Pal.*, 18 avril 2017, p. 49.

¹³¹⁹ T. COUSTET, « Le nouveau CSM confronté à « l'hyper-mobilité » des magistrats », *D. actu.*, 04 février 2019.

¹³²⁰ V. à ce sujet ; J. DANET, *Mouvements et mobilités d'un corps, une étude des transparences au siège et au parquet (années 2015 et 2016)*, CSM, 2017, 238p.

¹³²¹ « Les magistrats ; un corps professionnel féminisé et mobile », *Infostat Justice*, Ministère de la Justice, 2018, n°161, p. 5.

¹³²² Notion apparue dans le rapport d'activité du CSM 2018.

¹³²³ *Ibid.*, p. 22.

¹³²⁴ O. DUFOUR, « La mobilité au cœur des préoccupations du CSM », *Gaz. Pal.* 5 févr. 2019, n° 341, p. 7.

¹³²⁵ Y. DEMOLI, L. WILLEMEZ, *L'âme du corps, La magistrature française dans les années 2010 : morphologie, mobilité et conditions de travail*, Note de synthèse, octobre 2019, p. 7.

¹³²⁶ *Ibid.*, p. 8.

modes de recrutement. La féminisation est la caractéristique majeure de la magistrature contemporaine, le rajeunissement et la mobilité suivent ce grand mouvement.

Section 2 : La refonte des modes de recrutement de la magistrature

Eloignée de l'arbitraire et d'un choix discrétionnaire du pouvoir politique par de nouvelles règles de recrutement, cette magistrature protéiforme intègre la magistrature par deux voies. Elles aussi sont éloignées du système subjectif des recommandations où l'influence était la seule et véritable règle d'entrée de la magistrature.

Le concours prophétisé par Foucart en 1835 va s'inscrire durablement pour devenir le mode principal de recrutement pour la magistrature (Paragraphe 1). Pour pallier les manques que peuvent avoir les concours, il sera développé des voies parallèles complétant ainsi le dispositif de recrutement de la magistrature (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'intégration des concours comme symbole du recrutement objectif

L'idée du concours prospérera au sein de la magistrature jusqu'à devenir la voie d'accès principale à la magistrature. Il est impropre de parler de concours au singulier, il existe des concours pour intégrer la magistrature. Chacun de ces concours possède une finalité différente. (I). Ces concours sont conçus pour être les plus performants possibles dans la recherche des meilleurs candidats dans une approche objective de la fonction de magistrat (II).

I : L'ancrage des concours d'entrée de la magistrature

Le recrutement par concours permet d'indiquer au pouvoir politique les candidats ayant réussi le concours et aspirant alors à devenir magistrat. Par ce biais, le rôle du pouvoir politique dans le recrutement et le choix du magistrat est fortement limité. L'ordonnance de 1958 finalisera enfin le processus enclenché dès 1830 pour donner au concours une place de choix au sein de la magistrature.

Si entre temps, l'examen professionnel de 1908 tend à être un mode de recrutement de transition et hybride entre l'impossible concours et la fin du système des recommandations. Il n'en reste

pas moins qu'il est la forme imparfaite de la pensée de Foucart¹³²⁷ et de la tentative d'application du décret Sarrien. Ce n'est qu'à partir de 1958 et l'ordonnance statutaire que cette conception imparfaite reprendra sa forme parfaite et, enfin, définitive. Dans sa rédaction d'origine, l'ordonnance prévoit qu' « un concours pour le recrutement d'auditeurs de justice est ouvert chaque année »¹³²⁸.

Par une formulation aussi précise que lapidaire, l'ordonnance de 1958 réinstaura le concours comme mode privilégié de recrutement pour la magistrature et parachever le processus de changement de mode de recrutement enclenché de manière théorique en 1835 et de manière pratique en 1906. La consécration, en 1958, du concours n'est rien d'autre qu'une reprise des principes posés par le décret Sarrien tout deux ayant notamment pour source la pensée originelle la plus complète et la plus affirmée sur le sujet, celle de Foucart.

Le principe de concours posé par l'ordonnance statutaire est suivi par un arrêté de 1959¹³²⁹ qui posera les conditions de mises en œuvre pratiques dudit concours comme l'a fait le décret Sarrien pour la loi de finances de 1906. Cependant, la brillante théorie de Foucart n'est pas un aboutissement en soit, et depuis 1958 le concours connaîtra des mutations importantes. L'idée du concours telle que conçue au XIX^{ème} subira de nécessaires évolutions pour affiner la qualité de ce mode de recrutement

La première de ces mutations concerne le concours en lui-même. À l'heure actuelle, il n'existe pas un seul et unique concours. Par diverses réformes, il existe désormais cinq concours pour le recrutement de la magistrature.

Si l'ordonnance statutaire de 1958 ne prévoyait qu'un seul concours pour le recrutement des auditeurs dans sa version d'origine, ce mode de recrutement connaîtra une forte expansion.

En 1970¹³³⁰ et 1992¹³³¹, l'article 17 a été modifié pour ajouter deux nouveaux concours pour le recrutement des auditeurs de justice. Il a été créé un second concours spécialement destiné

¹³²⁷ À ce sujet, le paragraphe 1 sur le besoin théorique d'indépendance et le I sur l'apparition de l'idée du concours dans la partie 1, p. 159 – 163.

¹³²⁸ Article 17, ordonnance du 22 décembre 1958, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551 et s.

¹³²⁹ Arrêté du 22 mai 1959 portant sur le concours d'accès au centre national d'études judiciaires, JORF du 23 mai 1959, p. 5240 et s.

¹³³⁰ Loi organique n°70-642 du 17 juillet 1970 relative au statut des magistrats, JORF du 19 juillet 1970, p. 6747 et s.

¹³³¹ Loi organique n°92-189 du 25 février 1992 modifiant l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi relative au statut de la magistrature, JORF du 29 février 1992, p. 3086 et s.

aux fonctionnaires¹³³² et un troisième pour les salariés¹³³³ au sens large. En parallèle de ces concours intégrés à l'article 17 pour le recrutement des auditeurs de justice, l'article 21-1 de l'ordonnance statutaire prévoit deux autres concours très particuliers. Dernière extension du domaine de concours, une loi organique de 2001¹³³⁴ applique le principe du concours au recrutement des magistrats directement et non plus des auditeurs de justice comme prévu par l'article 17. À l'instar du recrutement latéral prévu à l'article 22 de l'ordonnance statutaire, l'article 21 prévoit deux concours de recrutement à des fonctions de magistrats de second¹³³⁵ et de premier grade¹³³⁶. Cet article 21-1 dépasse la conception originelle du concours puisqu'il permet le recrutement en qualité de magistrat et non plus uniquement le recrutement des auditeurs de justice.

Depuis 1958, l'ordonnance statutaire a complété sa panoplie de recrutement par le mode du concours en n'en prévoyant pas moins de cinq. Cependant, cette multiplicité des concours n'équivaut pas une égalité des concours entre eux. Malgré une extension importante du nombre de concours, il n'en reste pas moins que le premier concours reste le concours suprême, la voie royale¹³³⁷.

Il ressort des quotas fixés pour les cinq concours que le premier concours est celui qui permet de recruter le plus grand nombre d'auditeurs de justice. Ainsi, l'article 16 du décret du 4 mai 1972¹³³⁸ prévoit la répartition des places offertes entre les trois concours prévus à l'article 17 de l'ordonnance statutaire¹³³⁹.

¹³³² « Le second, de même niveau, aux candidats justifiant d'une durée de cinq ans au moins de services en qualité de fonctionnaire ou agent de l'Etat, des collectivités, territoriales ou d'un établissement public », Art. 3, *op. cit.*

¹³³³ « Le troisième, de même niveau, aux personnes justifiant, durant huit années au total, d'une ou plusieurs activités professionnelles, d'un ou plusieurs mandats de membre d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ou de fonctions juridictionnelles à titre non professionnel. La durée de ces activités, mandats ou fonctions ne peut être prise en compte que si les intéressés n'avaient pas, lorsqu'ils les exerçaient, la qualité de magistrat, de fonctionnaire, de militaire ou d'agent public », Art. 24, *op. cit.*

¹³³⁴ Loi organique n°2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°0146 du 26 juin 2001, p. 10119 et s.

¹³³⁵ « Être âgés de trente-cinq ans au moins au 1er janvier de l'année d'ouverture du concours et justifier d'au moins sept ans d'activité professionnelle dans le domaine juridique, administratif, économique ou social, les qualifiant particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires », Art. 21 1°, ordonnance 1958, *op. cit.*

¹³³⁶ « Être âgés de cinquante ans au moins au 1er janvier de l'année d'ouverture du concours et justifier d'au moins quinze ans d'activité professionnelle dans le domaine juridique, administratif, économique ou social, les qualifiant particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires », Art. 21 2°, ordonnance 1958, *op. cit.*

¹³³⁷ P. MARTAGUET, « Comment devient-on magistrat ? », *Pouvoirs*, n°16, p. 108.

¹³³⁸ Art. 16 du décret du 4 mai 1972 relatif à l'école nationale de la magistrature, JORF du 5 mai 1972, p. 4635.

¹³³⁹ Sur la totalité des places offertes aux concours, le premier concours bénéficie entre « 65 p. 100 et 77.100 » de ces places, le second entre « 18 p. 100 et 25 p. 100 » et le troisième entre « 5 p. 100 et 10 p. 100 », *ibid.*

Les concours de recrutement au second grade¹³⁴⁰ et au premier grade¹³⁴¹ sont également limités. À titre d'exemple, pour les concours ouverts pour l'année 2016, les trois premiers concours bénéficiaient de 216, 51 et 15 places chacun¹³⁴². Pour le recrutement des magistrats au second grade, le « nombre de places offertes est fixé à 88 »¹³⁴³.

Pour les concours 2017¹³⁴⁴, 2018¹³⁴⁵ et 2019¹³⁴⁶ d'accès à l'ENM, on retrouve des écarts sensiblement équivalents comme prévus par l'ordonnance statutaire.

De plus, le nombre de places offertes au concours n'est pas nécessairement le nombre exact d'auditeur de justice que l'on retrouve à l'ENM après le concours.

Pour l'année 2018, 192 places étaient offertes au premier concours contre 45 et 13 pour le deuxième et troisième¹³⁴⁷. La promotion 2019 issue de ces concours était composée de 221 auditeurs du premier concours, 24 du deuxième et 5 du troisième¹³⁴⁸. Le nombre total d'auditeurs reste le même (250 pour 2018 et la promotion 2019), seule la répartition entre les concours diffère.

Le décret de 1972 prévoit en effet que « le président des jurys peut, sur proposition de chaque jury, dans les proportions fixées par l'arrêté d'ouverture des concours, reporter les places non

¹³⁴⁰ Le nombre total de postes offert ne peut excéder « le cinquième du total des premières nominations intervenues au second grade de l'année civile précédente », Article 21-1, ordonnance 1958, *op. cit.*.

¹³⁴¹ Pour le premier grade, il est limité au « dixième du nombre total de nominations en avancement au premier grade prononcées au cours de l'année précédente », *ibid.*

¹³⁴² Arrêté du 25 avril 2016 fixant le nombre de places offertes à la session 2016 des trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature, JORF du 29 avril 2016, n°31 sur 126.

¹³⁴³ Arrêté du 25 mars 2016 portant ouverture au titre de l'année 2016 du concours de recrutement de magistrats du second grade de la hiérarchie judiciaire prévu par l'article 21-1 de l'ordonnance statutaire, JORF du 30 mars 2016, n°46 sur 119.

¹³⁴⁴ « Le nombre de places offertes aux trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature ouverts au titre de l'année 2017 par l'arrêté du 19 décembre 2016 portant ouverture au titre de l'année 2017 de trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature est fixé respectivement à 215 pour le premier concours, 51 pour le deuxième concours et 14 pour le troisième concours. », Arrêté du 2 mai 2017 fixant le nombre de places offertes à la session 2017 des trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature, JORF du 10 mai 2017.

¹³⁴⁵ « Le nombre de places offertes aux trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature ouverts au titre de l'année 2018 par l'arrêté du 14 décembre 2017 portant ouverture au titre de l'année 2018 de trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature est fixé respectivement à 192 pour le premier concours, 45 pour le deuxième concours et 13 pour le troisième concours. », Arrêté du 25 mai 2018 fixant le nombre de places offertes à la session 2018 des trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature, JORF du 30 mai 2018.

¹³⁴⁶ « Le nombre de places offertes aux trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature ouverts au titre de l'année 2019 par l'arrêté du 7 décembre 2018 susvisé est fixé respectivement à 192 pour le premier concours, 45 pour le deuxième concours et 13 pour le troisième concours. », Arrêté du 23 mai 2019 fixant le nombre de places offertes à la session 2019 des trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature, JORF du 28 mai 2019.

¹³⁴⁷ Arrêté du 25 mai 2018 fixant le nombre de places offertes à la session 2018 des trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature, JORF du 30 mai 2018.

¹³⁴⁸ Profil promotion ENM 2019.

pourvues au titre d'un des trois concours sur l'un ou l'autre des autres concours »¹³⁴⁹. Chaque année, l'arrêté du concours intègre cette possibilité en son sein¹³⁵⁰.

Puisque le recrutement est par concours, il est possible que la totalité des places offertes par l'arrêté ne soient pas pourvues. Dans ce cas, ces places ne sont pas perdues car elles sont réattribuées à un autre concours. Dès lors, à travers notre exemple des trois concours de 2018, les 21 places non attribuées au deuxième concours et les 8 places non attribuées au troisième concours sont réaffectées au premier concours passant de 192 places offertes par l'arrêté à 221 admis. Ce report est possible car il ne dépasse pas certes les trois-quarts des places offertes mais concerne tout de même plus de la moitié des places du troisième concours et un peu moins de la moitié des places du deuxième concours.

La combinaison entre la majeure partie des places offertes pour le premier concours et le report important à son profit font du premier concours, le plus important. De plus, l'article 16 prévoit également que « nul ne peut se présenter plus de trois fois à chacun des trois concours de l'école nationale de la magistrature »¹³⁵¹. Si un candidat au premier concours échoue trois fois, rien ne l'empêche de tenter le deuxième ou le troisième concours. Cette possibilité tend à rendre inférieur le deuxième et troisième concours qui sont pourtant considérés « de même niveau »¹³⁵² que le premier.

Le sens de cette disposition est que l'échec répété au premier concours n'interdit pas de tenter les autres concours et donc qu'il est possible qu'un candidat en échec au premier concours puisse réussir le deuxième ou le troisième concours. Cette disposition extrêmement favorable pour les candidats malheureux, n'en jette pas moins un sentiment d'infériorité pour les autres concours.

Le concours étudiant est, in fine, le concours principal qui bénéficie du plus de poste, de plus de considération tandis que les deuxième et troisième concours sont des concours d'ouverture de la magistrature. Ces concours de la magistrature existent pour ouvrir la magistrature, la diversifier par rapport au recrutement principal effectué par le premier concours. Il est le plus grand pourvoyeur d'auditeurs de justice au sein d'une promotion à ENM chaque année, laissant

¹³⁴⁹ Art. 16, décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹³⁵⁰ « Les places non pourvues au titre de l'un des trois concours pourront, dans la limite des trois quarts du nombre de places offertes à ce concours, être reportées sur l'un ou l'autre des deux autres concours par le jury », Arrêté du 25 mai 2018 fixant le nombre de places offertes à la session 2018 des trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature, JORF du 30 mai 2018.

¹³⁵¹ Art. 16 al 2, décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹³⁵² Art. 17 2° et 3°, ordonnance de 1958, *op. cit.*

peu de places aux autres concours nettement plus modestes en nombre d'admis et donc d'auditeurs de justice. Les concours prévus à l'article 21-1 sont différents puisqu'ils ne participent pas à la composition d'une promotion de l'ENM mais sont eux aussi limités par des quotas, ayant un impact limité sur la magistrature.

L'intégration pérenne du concours comme mode privilégié de recrutement fait suite à la chute du choix discrétionnaire des magistrats et d'un examen professionnel mettant en lumière une perte d'attrait des candidats pour la magistrature. La question de l'attractivité est un indicateur assez fiable de la réussite du concours ou non. Face à la pénurie des candidats sur toute la première moitié du XXème siècle atteignant le faible nombre de 202 candidats en 1958¹³⁵³, le nombre n'a cessé de croître pour atteindre les 2000 candidats dans les années 80 et un pic à 4130 en 1998¹³⁵⁴. Depuis 2005, le nombre de candidat est stable entre 1900 et 2500 candidats selon les années¹³⁵⁵ rien que pour le premier concours.

À la lumière de ces chiffres, il est évident que le concours d'accès à l'ENM a atteint des sommets pour se stabiliser à un niveau assez élevé démontrant une attractivité retrouvée et certaine de la magistrature.

Si le concours a connu de grandes transformations depuis 1958, le premier concours originel dans le recrutement de la magistrature reste le plus important. Qu'il y ait un ou cinq concours de potentiels mêmes niveaux, l'intérêt du concours porté par Foucart reste de nos jours le même. Le concours permet d'éclairer les choix du pouvoir politique sur le recrutement de la magistrature par la recherche du candidat le plus capable. Depuis 1958, le concours a évolué non seulement sur son périmètre qui s'est largement étendu mais également dans sa façon de rechercher le capable d'une manière la moins infaillible possible.

II : Une méthodologie de recrutement scientifique

L'idée fondatrice du concours est la recherche du capable à travers des épreuves comme le préconisait Foucart au détriment des incapables portés par les faveurs. L'ordonnance de 1958 et ses textes d'application n'auront de cesse que de perfectionner cette recherche et de

¹³⁵³ C. FILLON, *Devenir juge, Mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, Paris, PUF, collection Droit et Justice, 2008, p. 88.

¹³⁵⁴ *Ibid.*, p.244

¹³⁵⁵ Profil promotion 2019 ENM, p. 5.

l'amplifier à l'extrême. Le concours est l'expression parfaite de la recherche scientifique du candidat le plus capable au détriment de celui qui plaisait au pouvoir ; elle combine la rigueur, l'exigence et la précision objective de toute recherche scientifique. Le soin global apporté au concours traduit une minutie à la limite de l'obsession tellement il est cadré. Le concours tel que conçu par l'ordonnance est l'extrême inverse du recrutement au XIX^{ème} siècle. Là où la compétence n'était que présumée, le concours la place au cœur de son système et fait tout pour la déceler.

Dès 1959, il sera mis en place un cadre très précis pour la mise en œuvre du concours par une organisation minutieuse des épreuves, du programme des épreuves elles-mêmes, des corrections et du jury pour avoir la meilleure recherche du capable possible. Après avoir réimposé le concours par l'ordonnance de 1958, le décret du 7 janvier 1959¹³⁵⁶ combiné avec l'arrêté du 22 mai 1959¹³⁵⁷ poseront les bases du concours.

Au cours du dernier trimestre de chaque année serait organisé un concours, avec des épreuves écrites comme une composition de 6 heures sur l'évolution générale des idées et des faits politiques, économiques ou sociaux depuis le milieu du XVIII^{ème}, une composition en droit civil, une composition de cinq heures en droit public ou de droit pénal et une traduction de trois heures en français d'un texte en langue étrangère¹³⁵⁸. Il est à noter que ce décret prévoit également un aménagement spécifique du concours pour « les français musulmans d'Algérie » leur permettant de choisir entre les épreuves précitées ou une composition sur l'évolution des structures administratives, économiques et sociales de l'Algérie, une composition en droit musulman ou législation algérienne, une traduction en français d'un texte en berbère ou arabe ou une interrogation sur le programme d'histoire de l'université d'Alger¹³⁵⁹.

Des épreuves orales sont également prévues comprenant une interrogation de quinze minutes sur l'organisation judiciaire et les procédures civiles et pénales, une autre de droit commercial et une autre de droit social ainsi qu'une conversation de vingt minutes avec le jury sur un commentaire d'un texte de caractère général¹³⁶⁰.

¹³⁵⁶ Décret n° 59-23 du 7 janvier 1959 portant règlement d'administration publique relatif au centre national d'études judiciaires, JORF du 8 janvier 1959, p. 567 et s.

¹³⁵⁷ Arrêté du 22 mai 1959 portant concours d'accès au centre national des études judiciaires, JORF du 23 mai 1959, p. 5240 et s.

¹³⁵⁸ Article 12, décret du 7 janvier 1959, *op. cit.*

¹³⁵⁹ Article 17, *ibid.*

¹³⁶⁰ Article 13, *ibid.*

À la fin de ces épreuves, un jury « établi par ordre de mérite et dans la limite des places mises en concours la liste des candidats admis, et dresse une liste complémentaire en cas de vacances »¹³⁶¹. Ce jury est composé d'un conseiller à la Cour de cassation en tant que président, deux professeurs de droit, un membre du conseil d'État ou de la Cour des comptes et un magistrat de l'ordre judiciaire¹³⁶².

L'arrêté du 22 mai 1959 viendra préciser ce décret¹³⁶³. Tout d'abord, il prévoit le règlement du concours en interdisant la communication entre les candidats, de sortir de la salle non accompagné, d'introduire des documents non admis où toute fraude entraînera l'exclusion du candidat du concours et d'une possible interdiction de présentation ultérieure au concours¹³⁶⁴. Il prévoit également le programme détaillé des trois épreuves écrites et orales¹³⁶⁵.

Lors des épreuves écrites, les sujets sont ouverts en présence des candidats et distribués à ces derniers. Les copies du concours sont spécifiques et anonymes. Les copies sont renvoyées au Centre National des Études Judiciaires (CNEJ) pour être corrigées par les membres du jury qui décident des candidats admissibles avant de lever l'anonymat. Les candidats admissibles désignés par une liste alphabétique subissent les épreuves orales où toute note inférieure à 3 sur 10 est éliminatoire. Ce n'est qu'à la fin des épreuves orales, qu'une liste par mérite proclame les candidats admis¹³⁶⁶.

Ces modalités d'exécutions prévues en 1959, s'inspirant fortement de celles du décret Sarrien de 1906, vont conserver ces mêmes formes jusqu'à nos jours. Le concours connaîtra trois autres modifications en 1973, 2008 et 2020. Au début des années 1970, le Centre National des Études Judiciaires va se transformer en École nationale de la Magistrature¹³⁶⁷. Il surviendra alors une modification du concours puisque le décret de 1972 en son article 69 viendra abroger le décret du 7 janvier 1959.

Dès lors, il y aura une refonte de ce mode de recrutement (par l'introduction également du deuxième concours) et un nouvel arrêté viendra remplacer celui 22 mai 1959¹³⁶⁸. Le décret du

¹³⁶¹ Article 15, *ibid.*

¹³⁶² Article 14, *ibid.*

¹³⁶³ Article 16, *ibid.*

¹³⁶⁴ Article 6 et 7, arrêté du 22 mai 1959, *op. cit.*

¹³⁶⁵ Titre III, article 9, *ibid.*

¹³⁶⁶ Article 11 à 26, *ibid.*

¹³⁶⁷ Art. 9, Loi n°70-613 du 10 juillet 1970 subsistant à l'appellation du CNEJ celle d'école nationale de la magistrature, JORF du 12 juillet 1970, p. 6546.

¹³⁶⁸ Arrêté du 5 mars 1973 portant sur les modalités d'organisation, règles de disciplines, programme, déroulement et correction des épreuves des deux concours d'accès à l'école nationale de la magistrature, JORF du 16 mars 1973, p. 2838 et s.

4 mai 1972 et l'arrêté du 5 mars 1973 remplaceront le duo de 1959 pour encadrer le concours. Même s'ils reprendront en très grande partie la structure fixée en 1959, le décret du 4 mai 1972¹³⁶⁹ modifie tout de même le programme des concours.

Concernant le premier concours, les épreuves d'admissibilité comprenaient une composition de cinq heures sur la société française dans ses dimensions judiciaires, juridiques, sociales, politiques, historiques, économiques, philosophiques et culturelles, une composition de cinq heures en droit civil, une composition de cinq heures en droit pénal ou droit public interne et une note de synthèse¹³⁷⁰. Les épreuves d'admission comprenaient une conversation sur des aspects sociaux, juridiques, politiques, économiques et culturels du monde actuel, une interrogation orale de droit commercial ou droit administratif, une interrogation en droit social et une épreuve orale de langue vivante¹³⁷¹. Les épreuves du deuxième concours sont strictement identiques au premier concours¹³⁷².

Mis à part ces modifications de programme pour les concours, le mode de fonctionnement au sein de ce décret reste semblable à celui de 1959. De même, l'arrêté du 5 mars 1973 reprendra en grande partie le cadre fixé en 1959 reprenant le même règlement en matière de discipline, de procédure, de correction et des résultats des concours.

Cette première grande modification des concours est une adaptation au nouvel organe qu'est l'ENM et d'élargissement des épreuves tout en conservant la base fixée par le décret et l'arrêté de 1959. Cette modification amorce une extension du programme des concours dans l'optique d'une recherche toujours plus poussée du capable.

La deuxième transformation permettra une nouvelle modification des épreuves et surtout une nouvelle appréhension des capacités fondamentales. Chaque épreuve d'admissibilité ou d'admission permettrait de déceler chez les candidats les capacités que doit posséder un magistrat. C'est l'appréciation même des épreuves des concours qui change, ce ne sont plus de simples épreuves pour vérifier les connaissances du candidat, on vise une réflexion à plus long terme.

¹³⁶⁹ Décret n°72355 du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF du 5 mai 1972, p. 4635.

¹³⁷⁰ Art. 18, décret 4 mai 1972, *op. cit.*

¹³⁷¹ *Ibid.*

¹³⁷² Article 31, *ibid.*

Concernant les épreuves d'admissibilités et d'admissions, communes aux trois concours, du décret du 4 mai 1972 modifié par le décret du 31 décembre 2008, prévoit désormais pour l'admissibilité¹³⁷³ et pour l'admission¹³⁷⁴ de nombreuses épreuves.

Cette mise en situation face au jury se décompose en deux phases, une sur une analyse d'un cas concret en petit groupe, et une autre par un exposé du candidat sur une question d'actualité ou de culture générale suivi d'une conversation sur les motivations du candidat¹³⁷⁵.

Cette réforme des concours prévoit également la création d'un avis sur le candidat effectué par un psychologue par des tests de personnalités d'une durée de trois heures et un entretien de trente minutes avec le psychologue en présence d'un magistrat au moment des épreuves d'admission¹³⁷⁶.

La composition du jury est également modifiée et tend à être plus hétérogène que précédemment. En effet, pour remplacer partiellement les magistrats préexistants présents au jury, il y est adjoint un avocat, un psychologue et une personne qualifiée en recrutement¹³⁷⁷

Cette réforme fera l'objet d'une contestation de la part du syndicat de la magistrature et de l'Union syndicale des magistrats devant les juridictions administratives. Par une décision du 16 juin 2010, le Conseil d'État confirme la légalité du décret du 31 décembre 2008 notamment concernant la mise en place des tests psychologiques « qui n'est ni une nouvelle condition pour se présenter au concours, ni une nouvelle épreuve mais simplement un élément d'appréciation

¹³⁷³ « 1° Une composition, rédigée en cinq heures, portant sur une question posée aujourd'hui à la société française dans ses dimensions judiciaires, juridiques, sociales, politiques, historiques, économiques, philosophiques et culturelles ; 2° Une composition, rédigée en cinq heures, sur un sujet de droit civil ou de procédure civile ; 3° Un cas pratique, rédigé en deux heures, sur un sujet de droit civil ou de procédure civile ; 4° Une composition, rédigée en cinq heures, sur un sujet de droit pénal ou de procédure pénale ; 5° Un cas pratique, rédigé en deux heures, sur un sujet de droit pénal ou de procédure pénale ; 6° Une épreuve d'une durée de deux heures constituée de questions appelant une réponse courte, destinée à évaluer les connaissances des candidats relatives à l'organisation de l'État et de la justice, aux libertés publiques et au droit public », Décret n° 2008-1551 du 31 décembre 2008 relatif à l'École nationale de la magistrature, JORF du 1 janvier 2009, p. 70.

¹³⁷⁴ « 1° une note de synthèse, rédigée en cinq heures, à partir de documents se rapportant à des problèmes judiciaires, juridiques ou administratifs ; 2° une épreuve orale de langue anglaise, d'une durée de trente minutes comportant le compte rendu d'un texte, suivi d'une conservation ; 3° une épreuve orale d'une durée de vingt-cinq minutes se rapportant au droit européen et au droit international privé ; 4° une épreuve orale d'une durée de vingt-cinq minutes se rapportant au droit social et au droit commercial ; 5° une épreuve de mise en situation et d'entretien avec le jury », article 18, décret 4 mai 1972, *op. cit.*

¹³⁷⁵ *Ibid.*

¹³⁷⁶ Article 18-1, *ibid.*

¹³⁷⁷ Article 19, *ibid.*

mis à la disposition du jury »¹³⁷⁸ et l'épreuve de mise en situation où « le passage en groupe ne fait pas obstacle à une appréciation pour chacun des candidats »¹³⁷⁹.

Dès lors que cette réforme est légale au regard de l'ordonnance de 1958 et du décret du 4 mai 1972, elle permet une recherche de plus en plus poussée par ces deux nouvelles dispositions qui apportent un éclairage nouveau sur le candidat en plus des épreuves déjà pré existantes qui assurent la recherche d'un bon praticien, sur « les capacités techniques »¹³⁸⁰ du candidat.

En plus d'une modification des épreuves des concours, la réforme de 2008 permet une réappréciation notable des épreuves. En effet, les épreuves servent à apprécier les connaissances des candidats mais cette réforme souhaite faire émerger de ces épreuves les capacités fondamentales des magistrats que l'on peut retrouver dès le concours chez les candidats.

Par une liste intégrée au sein même du règlement intérieur de l'ENM en son article 71, la réforme de 2008 fait ressortir treize capacités fondamentales du magistrat. Ces qualités sont la capacité « à identifier, s'approprier et mettre en œuvre les règles déontologiques ; analyser et synthétiser un dossier ; à identifier, respecter et garantir un cadre procédural ; d'adaptation ; à adopter une position d'autorité ou d'humilité adaptée aux circonstances ; à la relation, à l'écoute et à l'échange ; à préparer et conduire une audience ou un entretien judiciaire dans le respect du contradictoire ; à susciter un accord et concilier ; à prendre une décision, fondée en droit et en fait, inscrite dans son contexte, empreinte de bon sens et exécutable ; à motiver, formaliser et expliquer une décision ; à prendre en compte l'environnement institutionnel national et international ; à travailler en équipe ; à s'organiser, gérer et innover »¹³⁸¹. Ces qualités sont certes celles d'un magistrat, mais « l'objectif du recrutement est de rechercher chez les candidats ceux qui paraissent avoir le potentiel ou déjà les meilleures acquisitions, des capacités attendues d'un magistrat »¹³⁸².

Le recrutement par le concours devient alors prospectif, où l'on va tenter de déceler dès les épreuves d'admissibilité et d'admission si les candidats peuvent potentiellement déjà avoir des qualités de magistrats. Cette volonté prospectrice est clairement posée comme potentielle et non pas comme une obligation de rechercher et, a fortiori, de déjà trouver chez les candidats ces dites qualités. Il serait inconcevable d'exiger dès le concours que le candidat soit déjà un

¹³⁷⁸ « Légalité de la réforme du concours de l'Ecole nationale de la magistrature », CE, 16 juin 2016, n°325669, *AJDA*, 2010, p. 1232.

¹³⁷⁹ *Ibid.*

¹³⁸⁰ P. ASTRUC, *op. cit.*, p. 44.

¹³⁸¹ Article 71, règlement intérieur de l'Ecole nationale de la magistrature.

¹³⁸² P. ASTRUC, *op. cit.*, p. 40.

magistrat (s'il dispose de toutes ces qualités), le sens de cette prospection est de savoir si le candidat en possède peut être déjà quelques-unes ou à minima, si il est capable de les acquérir par la suite. Si le candidat est incapable de posséder ces qualités, il est normal de ne pas le recruter. Un décret de 2019¹³⁸³ va une nouvelle fois modifier les concours sur différents d'aspects à compter de 2020.

Au-delà de la redéfinition des programmes des concours et des modalités pratiques du déroulement des concours¹³⁸⁴, les épreuves d'admissibilité et d'admission sont réformées. Tant

¹³⁸³ Décret n° 2019-99 du 13 février 2019 relatif aux concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF n°0039 du 15 février 2019, texte n° 8.

¹³⁸⁴ Annexe de l'arrêté du 18 février 2019 modifiant l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux modalités d'organisation, règles de discipline, programme, déroulement et correction des épreuves des trois concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF n°0046 du 23 février 2019, texte n° 9.

pour le premier concours¹³⁸⁵ que le deuxième¹³⁸⁶ et troisième¹³⁸⁷, les épreuves ont été modifiées. On peut noter pour les trois concours une simplification à la marge du périmètre des épreuves, de leur durée grâce à un regroupement par exemple des épreuves de droit/procédure

¹³⁸⁵ « Art. 18.- Les épreuves du premier concours comprennent des épreuves d'admissibilité et des épreuves d'admission.

«Admissibilité :« 1° Une composition, rédigée en cinq heures, portant sur une question posée aujourd'hui à la société française dans ses dimensions judiciaires, juridiques, sociales, politiques, historiques, économiques, philosophiques et culturelles (coefficient 4) ; « 2° Une composition, rédigée en cinq heures, portant au choix du jury soit sur un sujet de droit civil et de procédure civile, soit sur un sujet de droit pénal et de procédure pénale (coefficient 4) ; « 3° Un cas pratique, rédigé en trois heures, portant soit sur un sujet de droit civil et de procédure civile, soit sur un sujet de droit pénal et de procédure pénale, dans la matière autre que celle choisie par le jury pour l'épreuve prévue au 2° (coefficient 4) ; « 4° Une note de synthèse, rédigée en cinq heures, à partir de documents se rapportant à des problèmes judiciaires, juridiques ou administratifs (coefficient 3); « 5° Une épreuve de droit public d'une durée de trois heures portant sur deux questions (coefficient 2).

« Admission : « 1° Une épreuve orale de langue anglaise d'une durée de trente minutes comportant le compte rendu d'un texte suivi d'une conversation (coefficient 2) ; « 2° Une épreuve orale d'une durée de vingt-cinq minutes se rapportant, au choix du candidat exprimé lors du dépôt de sa candidature, soit au droit de l'Union européenne, soit au droit international privé, soit au droit administratif (coefficient 4) ; « 3° Une épreuve orale d'une durée de vingt-cinq minutes se rapportant, au choix du candidat exprimé lors du dépôt de sa candidature, soit au droit social, soit au droit des affaires (coefficient 4) ; « 4° Une épreuve de mise en situation et d'entretien avec le jury (coefficient 6). Cette épreuve comporte successivement : « a) Une mise en situation, d'une durée de trente minutes sans préparation, au cours de laquelle un groupe de candidats analyse un cas concret devant le jury. Les candidats admissibles, sauf en cas d'absence ou de défaillance d'un des candidats et sur décision écrite et motivée du président du jury, sont répartis en groupes d'importance égale comportant au moins trois membres. Le président du jury veille à ce que chaque candidat dispose d'un temps de parole minimum fixé en fonction de la taille du groupe et d'au moins cinq minutes ; « b) Un entretien avec le jury, d'une durée de quarante minutes, comprenant un exposé du candidat sur une question d'actualité posée à la société française ou sur une question de culture générale ou judiciaire, suivi d'une conversation avec le jury permettant notamment d'apprécier la personnalité du candidat et portant sur le parcours et la motivation de celui-ci et sur sa participation à la mise en situation. La conversation s'appuie sur une fiche individuelle de renseignements remplie par le candidat admissible. », Art. 2, Décret n° 2019-99 du 13 février 2019 relatif aux concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF n°0039 du 15 février 2019, texte n° 8.

¹³⁸⁶ « Art. 31.-Les épreuves du deuxième concours comprennent des épreuves d'admissibilité et des épreuves d'admission. « Admissibilité :« 1° Une composition, rédigée en cinq heures, portant sur une question posée aujourd'hui à la société française dans ses dimensions judiciaires, juridiques, sociales, politiques, historiques, économiques, philosophiques et culturelles (coefficient 4) ; « 2° Un cas pratique, rédigé en trois heures, portant sur un sujet de droit civil et de procédure civile (coefficient 4) ; « 3° Un cas pratique, rédigé en trois heures, portant sur un sujet de droit pénal et de procédure pénale (coefficient 4) ; « 4° Une note de synthèse, rédigée en cinq heures, à partir de documents se rapportant à des problèmes judiciaires, juridiques ou administratifs (coefficient 3). « Admission « 1° Une épreuve orale de droit public d'une durée de vingt-cinq minutes (coefficient 3); « 2° Une épreuve orale d'une durée de vingt-cinq minutes se rapportant, au choix du candidat exprimé lors du dépôt de sa candidature, soit au droit social, soit au droit des affaires (coefficient 3) « 3° Une épreuve de mise en situation et d'entretien avec le jury (coefficient 6). Cette épreuve comporte successivement : « a) Une mise en situation, d'une durée de trente minutes sans préparation, au cours de laquelle un groupe de candidats analyse un cas concret devant le jury. Les candidats admissibles, sauf en cas d'absence ou de défaillance d'un des candidats et sur décision écrite et motivée du président du jury, sont répartis en groupes d'importance égale comportant au moins trois membres. Le président du jury veille à ce que chaque candidat dispose d'un temps de parole minimum fixé en fonction de la taille du groupe et d'au moins cinq minutes « b) Un entretien avec le jury, d'une durée de quarante minutes, comprenant un exposé du candidat sur son expérience professionnelle, suivi d'une conversation avec le jury permettant d'apprécier sa personnalité et les acquis de son expérience professionnelle et portant sur son parcours, sa motivation, ses réalisations et sur sa participation à la mise en situation. La conversation s'appuie sur un dossier constitué par le candidat admissible présentant son expérience professionnelle. », Art.5, *ibid.*

¹³⁸⁷ « Art. 32-5.-Les dispositions des articles 31 et 31-1 s'appliquent au troisième concours. », Art. 7, *ibid.*

civile avec le droit/procédure pénale ensemble pour une composition dans l'une ou l'autre et un cas pratique pour la matière non retenue pour la composition.

On peut noter aussi l'encadrement des concours dans le cadre de l'article 21-1 de l'ordonnance statutaire qui dispose d'un cadre spécifique¹³⁸⁸.

Toutes les réformes successives qu'a connues le concours tant par sa multiplicité, que par l'extension des programmes et des épreuves des concours, la conception prospective des épreuves sont toutes tournées vers le même objectif ; celui de rechercher le candidat le plus capable, ou à défaut d'écarter les plus incapables.

La réinstauration du concours en 1958 et l'ensemble des perfectionnements qu'il a subi par la suite ne vise que le seul but de rechercher les meilleurs candidats et ce par un recrutement le plus objectif possible. Le but premier du concours, évoqué par Foucart, est d'éclairer les choix de l'administration dans le recrutement des magistrats. Le concours permet d'effectuer un tri entre les différents candidats par des critères purement objectifs. Les épreuves écrites et orales départageront les candidats de manière anonyme faisant un classement entre eux pour faire apparaître, in fine, le candidat capable au détriment de l'incapable.

Le concours suppose une dépersonnalisation totale du recrutement où l'anonymat est le maître mot aux antipodes du recrutement personnifié du XIX^{ème} siècle par l'influence et les connaissances. La réussite à diverses épreuves à l'aune des résultats des autres candidats est le seul et unique critère de sélection des candidats. Dès lors, ce seul critère ne peut être qu'objectif puisqu'il est le même pour tous les candidats et que la sélection ne peut ainsi pas être discrétionnaire. La personne du candidat importe peu, seules ses compétences doivent être au cœur du recrutement.

Toutefois, bien que la recherche du capable se fasse par le biais d'un mode de recrutement totalement anonyme, la réforme de 2008 repersonnifie à nouveau le concours. En effet, l'apport des tests psychotechniques permet de prendre en considération la personne même du candidat. Ce test, qui n'est pas une épreuve, complète le dispositif des treize capacités. Il permet au jury de vérifier par « un avis rédigé du psychologue la capacité du candidat à acquérir les treize compétences fondamentales du magistrat »¹³⁸⁹.

¹³⁸⁸ Arrêté du 22 novembre 2001 relatif aux concours de recrutement de magistrats prévus par l'article 21-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF n°272 du 23 novembre 2001, p. 18660, texte n° 13.

¹³⁸⁹ *Ibid.*, p. 54.

Le concours tend alors à être le plus objectif, le plus neutre quant au choix des candidats pour essayer qu'il souffre du moins d'imperfections possibles par toutes ces mutations pour choisir les plus capables. Cependant, il n'en reste pas moins que le concours ne possède qu'un effet limité, malgré un dispositif très complet et sécurisant dans la recherche des meilleurs candidats possible.

Aussi scientifique que possible, le concours est en lui-même limité dans ses effets. La réussite du concours ne garantit en rien l'accession du candidat à la magistrature. L'appellation du concours en tant que tel montre d'emblée l'effet limité. Improprement appelé concours de la magistrature, il n'est, en réalité, qu'un concours « d'accès à l'École nationale de magistrature »¹³⁹⁰. Cette fine distinction sémantique emporte néanmoins une grande conséquence. Le concours n'est qu'une étape dans le processus de désignation des candidats, où le concours n'est que le premier palier, celui du recrutement. L'amplification du concours tendant à une recherche la plus efficiente du capable n'est pas suffisante.

La justification de l'effet limité est donc de disposer d'un autre filtre pour repérer les incapables à la fonction de magistrat. La réussite à un concours, aussi sélectif¹³⁹¹ que celui d'entrée à l'ENM, permet de faire émerger de la masse des candidats les plus capables mais peut potentiellement en faire ressortir des incapables. Un brillant étudiant, fonctionnaire ou salarié du secteur privé capable de faire illusion sur quelques épreuves déterminantes peut ne pas nécessairement être un bon magistrat à la fin du processus, c'est pour cette raison que le concours n'est qu'une étape de tri des candidats.

Aussi sophistiqué qu'ils puissent être, les concours seuls ne peuvent suffirent comme unique recrutement pour la magistrature. Pour s'assurer que la magistrature ne souffre d'aucun manque, tant quantitatif que qualitatif, des voies de recrutement latérales secondent les concours.

¹³⁹⁰ Dénomination issue de tous les textes législatifs et réglementaires relatifs à ces concours ; Profil de la promotion 2016 des auditeurs de justice issus des trois concours d'accès et du recrutement sur titre, Secrétariat du Directeur-Adjoint chargé des recrutements, de la Formation Initiale et de la Recherche, ENM, *op.cit.*, p. 3, précision réaffirmée en note de bas de page.

¹³⁹¹ Sur l'année 2008, le premier concours avait un taux de 1 reçu pour 15.47 candidats, le second un taux de 1 pour 6,50 et le troisième de 1 pour 7,60. Il est noté depuis 1959 ce taux évolue de manière visible puisque le taux de sélectivité au premier concours en 1964 était de 1 pour 2,06 candidats, P.ASTRUC, *Devenir magistrat aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 27 et 28.

Paragraphe 2 : La multiplication des voies parallèles d'accès à la magistrature

Pour compléter le dispositif des concours, des voies parallèles de recrutement sont mises en places. Elles permettent de combler les manques potentiels. Ces voies permettent de combler ponctuellement un manque temporairement ou bien de procéder à un recrutement permanent en complément du recrutement par concours (I). Ce recrutement complémentaire fait l'objet de limitations car il ne dispose pas de la garantie intrinsèque du concours (II).

I : Un recrutement de complément

Aussi performant que le concours puisse être dans la recherche du capable, il est possible que la magistrature dispose de manques dans le recrutement nécessitant le recours à d'autres voies plus souples pour les combler.

Il existe trois voies permettant une intégration au sein de la magistrature en parallèle au concours. Ces voies sont le recrutement des magistrats à titre temporaires, le détachement judiciaire et le recrutement dit latéral. Il existait une quatrième voie supprimée en 2017 pour les juges de proximités. Ces recrutements peuvent être distingués selon qu'ils sont temporaires ou définitifs.

Le recrutement des magistrats à titre temporaire est prévu par les articles 41-10 à 41-16 de l'ordonnance de 1958¹³⁹². L'article 41-10 pose les conditions d'intégration des magistrats temporaires selon les qualités personnelles et professionnelles du candidat à l'intégration temporaire¹³⁹³. Cette voie d'intégration permet au magistrat temporaire d'exercer des fonctions « de juge d'instance, d'assesseur dans les formations collégiales des tribunaux de grande instance, de juge du tribunal de police ou de juge chargé de valider les compositions pénales »¹³⁹⁴. L'intégration et l'exercice de ces fonctions ne peuvent se faire que pour une durée de cinq ans renouvelable une fois¹³⁹⁵.

¹³⁹² Ord. stat., p. 11551 et s.

¹³⁹³ « Peuvent être nommées magistrats [...] les personnes âgées d'au moins trente-cinq ans que leur compétence et leur expérience qualifient particulièrement pour exercer ces fonctions. Elles doivent soit remplir les conditions prévues au 1°, 2° ou 3° de l'article 22, soit être membre ou ancien membre des professions libérales juridiques et judiciaires soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et justifier de cinq années au moins d'exercice professionnel. », Article 41-10, *ibid.*

¹³⁹⁴ Article 41-10 al 1, *ibid.*

¹³⁹⁵ Article 41-12, *ibid.*

Concernant le détachement judiciaire prévu aux articles 41 à 41-9 de l'ordonnance statutaire¹³⁹⁶, il permet l'intégration à la magistrature des membres issus de l'École nationale d'administration, des professeurs et les maîtres de conférences des universités mais également de divers fonctionnaires¹³⁹⁷. Cette intégration est également limitée dans le temps, pour un maximum de cinq ans non renouvelable¹³⁹⁸.

En ses articles 47 - 17 et suivants, l'ordonnance prévoyait le recrutement des juges de proximité. Ainsi, l'article 47 - 17 de l'ordonnance permet le recrutement comme juge de proximité des personnes justifiant soit d'un âge minimum, d'un diplôme ou d'une expérience professionnelle d'une durée suffisante selon les différents cas d'ouverture de ce type de recrutement¹³⁹⁹. Les juges de proximité sont nommés pour une durée de sept ans non renouvelable¹⁴⁰⁰. Cependant, la loi organique du 8 août 2016 prévoit la suppression des juges de proximité et donc de leur recrutement - nomination. En effet, en son article 39 VIII°, la loi organique dispose que « le chapitre V quinquies de la même ordonnance est abrogé »¹⁴⁰¹. Cette abrogation entra en vigueur le 1^{er} juillet 2017¹⁴⁰². Durant cette période transitoire, les juges de proximité dont le mandat est en cours peuvent demander à être nommés comme magistrats exerçant à titre temporaire¹⁴⁰³ avant sa suppression totale. Cette suppression du statut du juge

¹³⁹⁶ *Ibid.*

¹³⁹⁷ « Les membres des corps recrutés par la voie de l'École nationale d'administration et les professeurs et les maîtres de conférences des universités peuvent, dans les conditions prévues aux articles suivants, faire l'objet d'un détachement judiciaire pour exercer les fonctions des premier et second grades. Le présent article s'applique, dans les conditions prévues par leur statut, aux fonctionnaires de l'État, territoriaux et hospitaliers, aux militaires et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires appartenant à des corps et cadres d'emplois de même niveau de recrutement. » Article 41, *ibid.*

¹³⁹⁸ Article 41-5, *ibid.*

¹³⁹⁹ « Peuvent être nommés juges de proximité, pour exercer une part limitée des fonctions des magistrats des juridictions judiciaires de première instance, s'ils remplissent les conditions prévues aux 2° à 5° de l'article 16 :

1° Les anciens magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif ;

2° Les personnes, âgées de trente-cinq ans au moins, que leur compétence et leur expérience qualifient pour exercer ces fonctions. Ces personnes doivent soit remplir les conditions fixées au 1° de l'article 16, soit être membres ou anciens membres des professions libérales juridiques et judiciaires soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Elles doivent, en outre, justifier de quatre années au moins d'exercice professionnel dans le domaine juridique ;

3° Les personnes justifiant de vingt-cinq années au moins d'activité dans des fonctions impliquant des responsabilités de direction ou d'encadrement dans le domaine juridique, les qualifiant pour l'exercice des fonctions judiciaires ;

4° Les anciens fonctionnaires des services judiciaires des catégories A et B, que leur expérience qualifie pour l'exercice des fonctions judiciaires ;

5° Les conciliateurs de justice ayant exercé leurs fonctions pendant au moins cinq ans. », *ibid.*

¹⁴⁰⁰ Article 41-19, *ibid.*

¹⁴⁰¹ Article 39, loi organique du 8 août 2016 n°2016-1090 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°0186 du 11 août 2016, texte n°1.

¹⁴⁰² Article 50 III°, *ibid.*

¹⁴⁰³ Article 50 II°, *ibid.*

de proximité dans l'ordonnance s'analyse en réalité en une fusion avec celui du magistrat recruté à titre temporaire¹⁴⁰⁴.

Au-delà de l'abrogation du statut des juges de proximité, le détachement judiciaire et le recrutement des magistrats temporaires sont des recrutements pour un temps limité. Ils ne sont pas destinés à rendre pérenne les magistrats qui sont intégrés par ces voies. L'intégration est prévue pour demeurer temporaire.

Néanmoins, une possibilité de recrutement-nomination existe au sein de l'ordonnance statutaire qui ne prévoit pas de limitation de durée de la fonction de magistrat lors de l'intégration. Les articles 22 et suivants de l'ordonnance statutaire prévoient le recrutement par l'intégration directe dans le corps judiciaire¹⁴⁰⁵, autrement appelé recrutement « latéral »¹⁴⁰⁶. Cette voie d'intégration à la magistrature est possible sous condition d'un diplôme et d'une expérience professionnelle à des fonctions du second grade¹⁴⁰⁷ et du premier grade¹⁴⁰⁸.

En plus d'un recrutement par intégration directe à des fonctions de magistrat de second et premier grade, il est également possible d'intégrer un candidat à la magistrature aux plus hautes fonctions de la hiérarchie judiciaire. L'article 40 de l'ordonnance statutaire prévoit une intégration directe aux fonctions hors hiérarchie. Cette voie spécifique est réservée aux personnes les plus qualifiées¹⁴⁰⁹ pouvant justifier d'une grande expérience dans le domaine

¹⁴⁰⁴ « la suppression du statut de juge de proximité, désormais intégré dans celui de magistrat à titre temporaire, en application de l'article 29 – modifié par votre Commission – du présent projet de loi organique », Assemblée nationale, commission des lois, rapport n°3716, projet de loi organique relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, présenté par C. UNTERMAIER, 4 mai 2016, p. 144.

¹⁴⁰⁵ Articles 22 et s., *op. cit.*

¹⁴⁰⁶ P.ASTRUC, *op. cit.*, p. 15

¹⁴⁰⁷ « Peuvent être nommés directement aux fonctions du second grade de la hiérarchie judiciaire, à condition d'être âgés de trente-cinq ans au moins :

1° Les personnes remplissant les conditions prévues à l'article 16 et justifiant de sept années au moins d'exercice professionnel les qualifiant particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires ;

2° Les directeurs des services de greffe judiciaires justifiant de sept années de services effectifs dans leur corps

3° Les fonctionnaires de catégorie A du ministère de la justice ne remplissant pas les conditions prévues au 1° de l'article 16 et justifiant de sept années de services effectifs au moins en cette qualité », Article 22, Ordonnance de 1958, *op. cit.*

¹⁴⁰⁸ « Peuvent être nommés directement aux fonctions du premier grade de la hiérarchie judiciaire

1° Les personnes remplissant les conditions prévues à l'article 16 et justifiant de quinze années au moins d'exercice professionnel les qualifiant particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires

2° Les directeurs des services de greffe judiciaires qui remplissent des conditions de grade et d'emploi définies par décret en Conseil d'Etat et que leur compétence et leur expérience qualifient particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires visées au présent article », article 23, *ibid.*

¹⁴⁰⁹ « Peuvent être nommés directement aux fonctions hors hiérarchie s'ils remplissent les conditions prévues à l'article 16 ci-dessus :

1° Les conseillers d'Etat en service ordinaire ;

2° Les magistrats de l'ordre judiciaire détachés dans les emplois de directeur ou de chef de service au ministère de la justice ou de directeur de l'école nationale de la magistrature ; Toutefois, pour accéder en qualité de directeur

juridique, dans leurs professions respectives qu'elles soient magistrat administratif, judiciaire, professeur des universités ou avocat.

Au-delà du recrutement temporaire ou définitif dans la magistrature, l'ordonnance statutaire de 1958 prévoit la possibilité du recrutement des auditeurs de justice sans passer par la voie classique du concours. En effet, l'article 18-1 de l'ordonnance statutaire permet, sous condition bien évidemment, de recruter à des candidats à la magistrature en qualité d'auditeurs de justice, en tant qu'élève de l'ENM. Cette voie d'intégration directe au statut d'auditeur de justice connaît des conditions de recrutement plus souple que celle des magistrats. Cet article prévoit ainsi que peut-être recruté sur titre en qualité d'auditeur de justice les candidats ayant eu une activité de quatre ans dans un domaine notamment juridique s'ils ont une formation juridique d'au moins quatre ans¹⁴¹⁰. Ces critères sont très généraux et permettent alors un recrutement très diversifié. Néanmoins, l'article 18-1 prévoit des cas plus spécifiques à travers des situations très particulières¹⁴¹¹.

L'article 18-1 de l'ordonnance statutaire énonce très clairement les possibilités de recrutement ouvertes pour les doctorants en droit et les diplômés en droit ainsi que les conditions qui s'y

ou de chef de service directement à des fonctions hors hiérarchie à la Cour de Cassation, ils devront justifier de cinq ans de détachement en qualité de directeur ou de chef de service ;

3° Les maîtres des requêtes au Conseil d'Etat ayant au moins dix ans de fonctions en cette qualité ;

4° Les professeurs des facultés de droit de l'Etat ayant enseigné au moins dix ans en qualité de professeur ou d'agrégé ;

5° Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, membres ou anciens membres du Conseil de l'ordre, ayant au moins vingt ans d'exercice dans leur profession.

Peuvent également être nommés aux fonctions hors hiérarchie des cours d'appel, à l'exception, toutefois, des fonctions de premier président et de procureur général, les avocats inscrits à un barreau français justifiant de vingt-cinq années au moins d'exercice de leur profession », article 40, *ibid.*

¹⁴¹⁰ « Peuvent être nommées directement auditeurs de justice les personnes que quatre années d'activité dans les domaines juridique, économique ou des sciences humaines et sociales qualifient pour l'exercice des fonctions judiciaires :

1° Si elles sont titulaires d'un diplôme sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à quatre années d'études après le baccalauréat dans un domaine juridique ou justifiant d'une qualification reconnue au moins équivalente dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat » Article 18-1 al 1 et 2, ordonnance statutaire de 1958, *op. cit.*

¹⁴¹¹ « Peuvent également être nommés dans les mêmes conditions :

a) Les docteurs en droit qui possèdent, outre les diplômes requis pour le doctorat, un autre diplôme d'études supérieures ;

b) Les docteurs en droit justifiant de trois années au moins d'exercice professionnel en qualité de juriste assistant ;

c) Les personnes titulaires d'un diplôme sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à cinq années d'études après le baccalauréat dans un domaine juridique ou justifiant d'une qualification reconnue au moins équivalente dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat qui justifient de trois années au moins d'exercice professionnel en qualité de juriste assistant ;

d) Les personnes ayant exercé des fonctions d'enseignement ou de recherche en droit dans un établissement public d'enseignement supérieur pendant trois ans après l'obtention d'un diplôme sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à cinq années d'études après le baccalauréat dans un domaine juridique ou justifiant d'une qualification reconnue au moins équivalente dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. », Article 18-1, *ibid.*

attachent notamment par l'exercice d'une activité d'enseignement ou de juriste assistant¹⁴¹². Cette voie de recrutement semble clairement destinée aux étudiants ayant achevés leur cursus en master ou en doctorat pour leur permettre de rejoindre l'École nationale de la magistrature en tant qu'auditeur. À l'instar des voies d'intégrations pour les magistrats, ce recrutement ne peut se faire qu'avec l'aval de la commission d'avancement¹⁴¹³ avec toutes les contingences et limitations qu'elle comprend comme pour le recrutement-nomination des magistrats.

Le recrutement sur titre des auditeurs de justice connaît comme pour le recrutement latéral un quota maximum. En effet, « le nombre des auditeurs nommés au titre du présent article ne peut dépasser le tiers du nombre des places offertes aux concours prévus à l'article 17 pour le recrutement des auditeurs de justice de la promotion à laquelle ils seront intégrés »¹⁴¹⁴. Si 100 places sont ouvertes aux trois concours d'entrée à la magistrature, 33 candidats maximum peuvent être recrutés en tant qu'auditeur de justice au sein de la même promotion que ceux qui réussissent l'un des trois concours. À titre d'exemple, l'arrêté du 25 avril 2016¹⁴¹⁵ ouvrait 282 postes¹⁴¹⁶ d'auditeurs de justice. Dès lors, selon l'article 18-1 de l'ordonnance statutaire et le quota d'un tiers, cette voie de recrutement peut offrir au maximum 93 postes d'auditeurs de justice.

Cette voie d'intégration au statut d'auditeur de justice est l'une des moins limitée tant par les critères qui sont relativement souples selon les cas, permettant une intégration potentiellement durable au sein de la magistrature et dont le quota est relativement important par rapport à d'autres voies d'intégration directe à la magistrature.

Chacune de ces voies parallèles répondent à des besoins spécifiques à combler au sein de la magistrature soit pour une fonction précise ou pour un temps donné. Elles sont un moyen d'ajustement face au concours très encadré. Néanmoins pour éviter qu'elles ne supplantent le concours et sortent du rôle de complément, elles vont connaître des limitations.

¹⁴¹² Le statut de « juriste assistant » est une innovation de la loi du 8 août 2016 dont les contours et le statut sont délimités par l'article 1 du décret n° 2017-1618 du 28 novembre 2017 relatif aux juristes assistants et aux personnes habilitées à accéder au bureau d'ordre national automatisé des procédures judiciaires, JORF n°0279 du 30 novembre 2017, texte n° 11.

¹⁴¹³ « Les candidats visés au présent article sont nommés par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, sur avis conforme de la commission prévue à l'article 34. », *ibid.*

¹⁴¹⁴ *Ibid.*

¹⁴¹⁵ Arrêté du 25 avril 2016 « fixant le nombre de places offertes à la session 2016 des trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature », JORF du 29 avril 2016, texte n°31.

¹⁴¹⁶ 216 places offertes pour le 1^{er} concours, 51 pour le 2^{eme} concours et 15 pour le troisième, *ibid.*

II : Un encadrement nécessairement strict

Ces voies permettant l'intégration du candidat à la magistrature ou à l'ENM ne passent pas par le filtre scientifique du concours chargé de vérifier la capacité du candidat. Dès lors, ces voies et leur recours sont forcément limités pour ne pas dénaturer le concours et ses effets.

Que ce soit le recrutement des magistrats par le détachement judiciaire, à titre temporaire ou les juges de proximités depuis disparu, ils sont tous soumis à une condition temporelle via une durée d'exercice maximum.

Cette condition temporelle est même combinée avec une restriction de fonction pour le détachement judiciaire qui ne concerne que quelque poste en particulier ne permettant pas un exercice large des fonctions de magistrats. L'article 41-10 A de l'ordonnance statutaire prévoit que les magistrats recrutés à titre temporaire (englobant aussi les anciens juges de proximités) « ne peuvent exercer qu'une part limitée de la compétence de la juridiction dans laquelle ils sont nommés »¹⁴¹⁷.

Seul le recrutement dit « latéral » est la voie d'accès à la magistrature qui se rapproche le plus d'une nomination normale, sans l'aide du concours. Malgré l'exigence de certaines de ces conditions d'accès, elle permet un potentiel accès total et sans limitation de durée à la magistrature. En effet, les articles 22 et 23¹⁴¹⁸ de l'ordonnance intègrent les candidats au second ou premier grade de la hiérarchie les permettant d'envisager une perspective de carrière.

Au-delà de ces cas limitatifs, il ne peut y avoir d'autres possibilités d'intégrations dans la magistrature. En plus, d'une restriction des possibilités d'intégration directe dans la magistrature, certaines voies d'accès sont en elles-mêmes limitées quant au nombre d'intégration potentielle. Ces différentes voies connaissent des limitations sur le volume global du recrutement de la magistrature.

Pour limiter encore plus ces voies déjà circonscrites à des conditions restrictives, l'ordonnance de 1958 impose des quotas stricts. Chacune des voies disposant d'un quota ne pouvant recruter que dans le volume accordé par rapport à la globalité des recrutements.

¹⁴¹⁷ Article 41-10 A, *ibid.*

¹⁴¹⁸ Article 22 et 23, *op. cit.*

L'article 41-8 de l'ordonnance prévoit un quota d'un vingtième sur l'ensemble des recrutements des deux grades concernant le détachement judiciaire¹⁴¹⁹. Pour cent recrutements pour des fonctions de magistrats au premier et au second grade cumulés de la hiérarchie judiciaire sur l'ensemble de la magistrature sur une année, le détachement ne pourra concerner qu'au maximum cinq recrutements.

Concernant le recrutement latéral, les quotas ne sont plus que d'un dixième¹⁴²⁰ et un quart¹⁴²¹ sur le volume total des nominations pour les intégrations au premier et au second grade. Ainsi, sur une année civile, le recrutement latéral pour 100 postes est possible pour un nombre allant de 10 et 25 magistrats au premier et second grade. Même si les quotas révèlent une plus grande part potentielle de recrutement que pour le détachement judiciaire, il ressort néanmoins une limitation imposée à ces voies d'intégrations et donc, in fine, au pouvoir politique.

Si les quotas limitent les voies d'intégrations déjà limitées, le pouvoir politique ne dispose pas d'un choix discrétionnaire sur les candidats qu'il souhaite incorporer au sein de la magistrature soit de manière temporaire ou soit de manière définitive. Il est évident que le pouvoir politique joue un rôle déterminant puisqu'il nomme ces magistrats intégrés. Cependant, avant tout recrutement, une commission indépendante va contrôler l'exercice de ces différentes voies d'intégrations.

En effet, l'ordonnance statutaire donne compétence notamment à la commission d'avancement, émanation de la magistrature, pour donner un avis sur le recrutement du magistrat par l'une de ses voies latérales. Cette commission d'avancement joue un rôle central dans la carrière des magistrats à travers le tableau d'avancement¹⁴²². Par ailleurs, dans le cadre des voies d'intégration, cette commission joue également un rôle capital de filtre.

En premier lieu, il convient d'aborder ce qu'est la commission d'avancement notamment à travers sa composition¹⁴²³. Cette dernière est un organe composé uniquement de magistrats.

¹⁴¹⁹ « Le nombre des détachements judiciaires ne peut excéder un vingtième des emplois de chacun des deux grades. », article 41-8, Ordonnance de 1958, *op. cit.*

¹⁴²⁰ « Au cours d'une année civile déterminée, les nominations au titre de l'article 22 ne peuvent excéder un quart de la totalité des premières nominations intervenues au second grade au cours de l'année civile précédente. » Article 25, *op. cit.*

¹⁴²¹ « Au cours d'une année civile déterminée, les nominations prononcées au titre de l'article 23 ne peuvent excéder le dixième des promotions intervenues au cours de l'année civile précédente au premier grade. » Article 25-1, *ibid.*

¹⁴²² Article 34, *ibid.*

¹⁴²³ Article 35, *ibid.*

Les magistrats la composant le sont soit d'office soit par le biais d'une élection¹⁴²⁴ par leurs pairs¹⁴²⁵. Les magistrats de la Cour de cassation et des Cours d'appel composant la commission d'avancement sont élus pour la Cour de cassation « par l'ensemble des magistrats hors hiérarchie appartenant à la dite cour »¹⁴²⁶ et pour les premiers présidents et procureurs généraux « par l'ensemble des premiers présidents et l'ensemble des procureurs généraux de cour d'appel »¹⁴²⁷.

En ce qui concerne l'élection des dix membres des cours et tribunaux composant la commission, un organe tiers intervient. Un décret du 7 avril 1971¹⁴²⁸ intégra au sein de l'ordonnance de 1958 un Collège des magistrats¹⁴²⁹. Ce Collège des magistrats n'a pour seule fonction l'élection des « magistrats du corps judiciaire appelés à siéger à la commission d'avancement en application du 4° de l'article 35 »¹⁴³⁰. Les magistrats de ce Collège sont également élus par l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire pour une durée de trois ans. Pour chacun des membres élus de la commission, il doit également y avoir la désignation par vote d'un suppléant en cas de vacance du siège. L'élection permet d'y siéger pendant trois ans non renouvelables¹⁴³¹.

L'élection de la quasi-totalité des membres de la commission d'avancement soit de manière directe ou soit par le Collège des magistrats donne à cette commission une représentativité importante puisque provenant de l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire.

Dans le cadre des voies latérales de recrutement à la magistrature, la commission d'avancement sera un filtre dont l'avis sera décisif. En effet, que ce soit pour le recrutement latéral¹⁴³² ou le détachement judiciaire¹⁴³³, l'avis de la commission est nécessairement conforme. Aucun

¹⁴²⁴ D'office, le président et le vice-président de cette commission sont le doyen des présidents de chambre de la Cour de cassation et le plus ancien des premiers avocats généraux. L'inspecteur général de la justice est également membre de la commission d'avancement.

¹⁴²⁵ Ainsi deux magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation (représentant le siège et le parquet), deux premiers présidents et deux Procureurs généraux de cour d'appel et dix magistrats des cours et tribunaux (sept de premier grade et trois du second) complètent la commission d'avancement.

¹⁴²⁶ Article 35 2°, *ibid.*

¹⁴²⁷ Article 35 3°, *ibid.*

¹⁴²⁸ Décret n°71-257 du 7 avril 1971 relatif au collège des magistrats des cours et tribunaux et du ministère de la justice, JORF du 9 avril 1971, p. 3413.

¹⁴²⁹ Article 13-1 à 13-5, *op. cit.*

¹⁴³⁰ Article 13-1, *ibid.*

¹⁴³¹ Article 35-1, *ibid.*

¹⁴³² « Les nominations au titre des articles 22 et 23 interviennent après avis conforme de la commission prévue à l'article 34 », article 25-2, *ibid.* ; « Les candidats visés aux 3°, 4° et 5° ainsi que les candidats visés au septième alinéa du présent article ne peuvent être nommés qu'après avis de la commission prévue à l'article 34 », article 40, *Ibid.* Il est à noter que si pour l'intégration directe des magistrats à des fonctions de second et premier grade l'avis conforme de la commission est expressément visé, le recrutement latéral des magistrats aux fonctions hors hiérarchie ne prévoit simplement qu'un avis, à comprendre qu'il n'est qu'un avis simple.

¹⁴³³ « Le détachement judiciaire est prononcé, après avis conforme de la commission instituée à l'article 34 », article 41-2, *ibid.*

recrutement par ces deux voies d'intégration ne peut se faire sans l'assentiment de cette commission.

Cependant, le Conseil d'État est venu délimiter les contours de l'avis donné par la commission d'avancement. Par une décision du 14 juin 2010¹⁴³⁴, le Conseil d'État précisait que « si le ministre ne peut légalement proposer la nomination d'une personne au titre de l'intégration directe dans la magistrature lorsque cette nomination a fait l'objet d'un avis défavorable de la commission d'avancement, il n'est pas pour autant tenu de procéder à cette nomination lorsque l'avis en question est favorable ; que par suite la décision attaquée n'a pas méconnu ces dispositions »¹⁴³⁵. L'avis négatif rend impossible la nomination par le pouvoir politique du magistrat entré par une voie latérale. Cependant, il n'est pas lié par un avis favorable. La commission d'avancement possède un rôle de garde-fou mais ne peut enjoindre le garde des sceaux à nommer un candidat à l'intégration. Cette fine distinction sur l'effet de l'avis conforme permet de délimiter les prérogatives de cette commission en tant qu'émanation de la magistrature.

Le Conseil constitutionnel a lui aussi délimité les contours du rôle de la commission d'avancement. Dans une décision en date du 21 février 1992¹⁴³⁶, les sages de la rue de Montpensier estimaient que le rôle de la commission était de simplement et uniquement de vérifier l'aptitude des candidats à l'intégration directe¹⁴³⁷. En creux de cette analyse, le Conseil constitutionnel en précisant son rôle et sa compétence lui nie toute compétence sur la nomination. Pour le Conseil, ce n'est pas la commission d'avancement qui intègre le magistrat par la voie latérale, elle « lui donne simplement « vocation » à être intégré parce que la commission a constaté son « aptitude »¹⁴³⁸.

Cette décision permet de comprendre ce qu'est réellement le rôle de la commission d'avancement. Malgré sa composition extrêmement représentative de la magistrature à travers une double élection de ses membres, on dénie à la magistrature toute influence sur l'intégration du magistrat. En effet, comme il est précisé dans le considérant 40 de la décision précitée, le

¹⁴³⁴ CE, 14 juin 2010, n° 330344, *Rec.*, 2010.

¹⁴³⁵ Considérant n°4, *ibid.*

¹⁴³⁶ CC, 21 février 1992 (n°92-305 DC), *JORF* du 29 février 1992, p. 3122.

¹⁴³⁷ « Considérant qu'il y a lieu de relever que l'article 25-2 dispose que les nominations au titre des articles 22, 23 et 24 "interviennent après avis conforme" de la commission d'avancement prévue à l'article 34 ; que toutefois cette commission a pour seule mission de vérifier l'aptitude des intéressés aux fonctions de magistrat ; qu'ainsi son intervention ne contrevient pas aux dispositions combinées des articles 13 et 65 de la Constitution touchant aux compétences respectives du Président de la République, du ministre de la justice et du Conseil supérieur de la magistrature », Considérant n°40, CC, 21 février 1992, *ibid.*

¹⁴³⁸ J. BETOULLE, « Magistrat », *Répertoire de procédure civile*, septembre 2011, n° 128.

pouvoir de nomination est dévolu au Président de la République et au Conseil supérieur de la magistrature. Le principe dégagé par ce considérant est lourd de sens.

La commission d'avancement a un droit de regard important et décisif par son avis conforme, mais cet avis conforme n'est pas vecteur de légitimité. Ce n'est pas la commission qui rend légitime le futur magistrat entré par une voie latérale. Si la commission possède un rôle important dans l'intégration directe des magistrats, son influence est largement limitée. Sur cette question, pour le Conseil constitutionnel, le pouvoir de nomination et son effet sur le magistrat reste l'apanage du pouvoir politique et ne saurait être transféré. Le pouvoir de nomination n'est pas indirectement confié à la commission qui ne dispose que d'une compétence de contrôle de l'aptitude du candidat à la nomination.

Néanmoins, malgré cette conception restrictive de sa compétence, le conseil d'État laisse le champ libre à la commission d'avancement pour remplir son office. En effet, par une décision en date du 30 décembre 2003¹⁴³⁹, le Conseil d'État ne sanctionnera la décision de la commission d'avancement qu'en cas d'erreur manifeste et se contente d'un contrôle restreint.

Concernant le recrutement des magistrats à titre temporaire, l'intégration se faisait classiquement par avis conforme de la commission d'avancement¹⁴⁴⁰. La loi organique du 8 août 2016 modifie l'organe de contrôle du recrutement des magistrats temporaires. Désormais, l'article 41-12 de l'ordonnance statutaire prévoit la compétence du Conseil supérieur de la magistrature¹⁴⁴¹ pour la première nomination et son potentiel renouvellement¹⁴⁴². La commission d'avancement n'est donc qu'un organe de vérification des conditions d'accès à l'intégration directe dans la magistrature. Son rôle a été fortement réduit et l'abandon de son contrôle pour les magistrats à titre temporaires ne fait que renforcer cette diminution de son influence qui pourtant pourrait être légitimement viable.

Si les intégrations directes dans la magistrature trouvent un écho limité et contrôlé dans l'ordonnance statutaire, il n'en reste pas moins que la possibilité d'intégration directe dans la

¹⁴³⁹ « La requérante avait été soumise en application des dispositions précitées de l'article 25-3 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 avait été satisfaisant, qu'elle ne fût pas nommée magistrat, la commission n'a pas commis d'erreur manifeste dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont elle est investie ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que Mme M. n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision attaquée », CE, 30 décembre 2003, n°243943, *AJDA*, 2004, p. 206.

¹⁴⁴⁰ « La commission prévue à l'article 34 arrête la liste des candidats admis », article 41-12 (dans sa rédaction antérieure à la loi organique de 8 août 2016), ordonnance de 1958, *op. cit.*

¹⁴⁴¹ Article 41-12, *ibid.* (dans sa rédaction postérieure à la loi organique de 8 août 2016).

¹⁴⁴² L. org. du 8 août 2016 n°2016-1090 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, *JORF* n°0186 du 11 août 2016.

magistrature existe toujours. N'étant qu'une voie d'entrée secondaire dans la magistrature, elle sert principalement de variable d'ajustement au concours.

Selon le rapport Untermaier¹⁴⁴³, l'objectif principal des voies de recrutement par intégration est notamment « la diversification du corps de la magistrature »¹⁴⁴⁴. En effet, en parallèle à l'entrée classique dans la magistrature que représente le concours d'entrée à l'ENM, les voies latérales permettent de recruter des professionnels du droit à diverses conditions pour les intégrer soit définitivement soit temporairement au sein de la magistrature.

La seconde justification est quant à elle nettement plus pragmatique. Les voies latérales permettent de combler le manque de magistrats pour « satisfaire l'exigence d'augmentation des effectifs sans altérer la qualité du recrutement »¹⁴⁴⁵. La logique poursuivie ici est celle d'un palliatif de l'entrée classique en cas de carence.

L'intégration directe au sein de la magistrature connaît diverses formes qui sont strictement énumérées et encadrées par l'ordonnance de 1958. Cependant, ce type de recrutement particulier occupe une place tout de même importante au sein de la magistrature actuelle et tend à en prendre de plus en plus. Depuis une loi organique de 1992¹⁴⁴⁶ renforcée en 2007¹⁴⁴⁷, le recrutement par l'intégration directe prend « véritablement son essor »¹⁴⁴⁸.

Malgré une certaine restriction de l'intégration directe à la magistrature, la loi du 8 août 2016 a renforcé quelques dispositifs pour l'encourager, la promouvoir. Le rapport Untermaier précise que la loi d'août 2016 « vise à développer les mécanismes d'intégration provisoire au corps judiciaire »¹⁴⁴⁹. En effet, le recrutement via le détachement judiciaire est désormais ouvert aux militaires¹⁴⁵⁰, et permet au magistrat en détachement de conserver un rang au moins équivalent à celui qu'il détenait avant son intégration temporaire¹⁴⁵¹. Ces deux dispositions permettent d'accentuer l'attractivité du recrutement à la magistrature par cette voie parallèle. De plus, il a

¹⁴⁴³ Assemblée nationale, commission des lois, rapport n°3716, projet de loi organique relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, présenté par C. UNTERMAIER, 4 mai 2016, 287 p.

¹⁴⁴⁴ *Op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁴⁵ J. BETOULLE, « Magistrat », *Répertoire de procédure civile*, septembre 2011, n° 107.

¹⁴⁴⁶ L. org. n° 92-189 du 25 février 1992 modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 29 février 1992, p. 3086.

¹⁴⁴⁷ Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, JORF du 6 mars 2007, p. 4184.

¹⁴⁴⁸ J. BETOULLE, *op. cit.*

¹⁴⁴⁹ Rapport UNTERMAIER, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁵⁰ Article 28, rapport UNTERMAIER, *ibid.*

¹⁴⁵¹ « Le détachement judiciaire est prononcé à équivalence de grade et à l'échelon comportant un indice égal ou, à défaut, immédiatement supérieur à celui que l'intéressé détenait dans son corps d'origine. », article 28 bis, *ibid.*

été opéré une refonte du système de recrutement des magistrats à titre temporaire afin de le rendre plus attractif¹⁴⁵². La loi du 8 août 2016 prévoit une baisse de deux ans¹⁴⁵³ dans l'exigence spécifique de l'exercice d'une activité professionnelle et augmente la durée d'exercice¹⁴⁵⁴ de la fonction de magistrat à titre temporaire.

Bien que les voies d'intégrations directes à la magistrature soient choyées pour attirer les candidats, il n'en reste pas moins qu'à part le recrutement latéral des candidats à des fonctions de second, de premier grade et hors hiérarchie qui permet une intégration durable, les autres modes de recrutements connaissent de fortes limitations tant fonctionnelles que temporelles. Dès lors, ces magistrats intégrés n'ont pas vocation à s'intégrer durablement dans la magistrature, à s'agréger à ce corps. Ces voies d'intégrations sont plurielles à travers des conditions très spécifiques et sont fortement encouragées par le pouvoir politique pour permettre un recrutement. Il n'en reste pas moins que la volonté de promotion par le pouvoir politique de ces voies de recrutement reste antinomique à l'aune des grandes limitations que celles-ci subissent.

Cette opposition démontre un paradoxe qu'il est nécessaire de soulever. Soit il est mis en place une véritable valorisation de ces voies d'accès à la magistrature en les libérant des lourdes contraintes qui pèsent sur elles, soit on abandonne ces nombreuses possibilités d'intégration directe dans la magistrature pour favoriser une autre logique d'accès à la magistrature. Il semblerait logique que cette part importante du recrutement à la magistrature devrait tendre à son unicité pour rendre plus lisible ces possibilités de recrutement, d'intégration et d'éviter ainsi un morcellement des statuts, de conditions de recrutement qui nuit nécessairement à la magistrature. Il serait souhaitable de créer un statut unique d'intégration direct à la magistrature qui engloberait l'ensemble des possibilités existantes pour éviter, par exemple, qu'un mode d'intégration ne concerne que 36 magistrats sur l'ensemble de la magistrature.

Un mode unique d'intégration directe à la magistrature permettrait de concilier l'objectif d'ouverture de la magistrature, de comblement des postes vacants tout en garantissant une véritable légitimité de ce recrutement qui actuellement est éclaté selon des conditions spécifiques à chacune des voies d'intégrations. Un seul mode d'intégration clair serait plus audible et attrayant qu'une multitude de voies d'intégrations morcelées et complexes. Cette

¹⁴⁵² Le rapport UNTERMAIER précise « qu'au 31 décembre 2014, il n'existait que 26 magistrats exerçant à titre temporaire », *op. cit.*, p. 141.

¹⁴⁵³ « Justifier de cinq années au moins d'exercice professionnel », article 41-10, ordonnance de 1958, *op. cit.*

¹⁴⁵⁴ « Pour une durée de cinq ans, renouvelable une fois », article 41-12, *ibid.*

attractivité nouvelle permettra dès lors de remplir l'objectif visé et souhaité par le pouvoir politique justifiant l'existence même de ces voies d'intégration. Les recrutements par ces voies latérales représentent tout de même 26%¹⁴⁵⁵ des magistrats composant le corps de la magistrature. Bien que cette part soit non négligeable, il permet de faire ressortir la raison sous-jacente de la limitation de ces voies. Les voies d'intégrations que sont le détachement judiciaire, les magistrats temporaires ou le recrutement au second grade connaissent des limites de durée, de poste ou des quotas car ce n'est pas ces modes qui ont vocation à créer, à construire la magistrature.

L'avènement et la stabilisation progressive des mécanismes de recrutement sont rendus possibles par son objectivisation. Le flou discrétionnaire permettant l'influence s'est progressivement évaporé pour une recherche extrême du capable combiné à des possibilités de recrutement d'ajustement. Cette première étape permet d'assainir son rapport avec le pouvoir politique. Ce dernier n'a quasiment plus d'impact sur le recrutement. Dès lors, l'influence à ce stade est terminée. Cette étape décisive et incontournable va permettre aux magistrats de s'impliquer dans la magistrature, de prendre le pouvoir sur leur corps. Les règles et les modes de recrutement tendent à être les plus objectifs possibles rejetant tout flou discrétionnaire.

Le pouvoir politique est déconnecté de la magistrature dans son recrutement. Auparavant omniprésent et incontournable, le pouvoir politique a perdu de son influence. Cette perte de pouvoir a permis à la magistrature de se transformer. Cette première étape permet à la magistrature de reprendre le pouvoir sur son propre corps, libérée de l'influence du pouvoir politique à laquelle elle devait tout. Maintenant, elle ne lui doit plus quasiment plus rien ce point car ses membres sont magistrats pour leur compétence juridique et non pas leur relation.

¹⁴⁵⁵ Ces chiffres concernent l'année 2011 ; F.AUDIER, M. BACACHE-BEAUVALLE, E. MATHIAS, *Les magistrats entrés par une voie latérale*, rapport GIP droit et justice, septembre 2013, p. 13.

Chapitre 2 : La prise de pouvoir des magistrats sur leur propre corps

Une fois recrutée par concours ou de manière latérale, la magistrature protéiforme doit et va s'intégrer dans un corps jusqu'ici incertain et dominé par le pouvoir politique. Ce corps libéré du choix politique va s'affermir par les magistrats en s'appuyant sur des structures dédiées à la magistrature.

Le développement de la formation du magistrat va jouer un rôle majeur dans le renforcement du corps de la magistrature tout en permettant d'agrèger une magistrature composée de magistrats assez divers par une formation unique et commune (Section 1).

Une fois formée à l'ENM, les magistrats seront sous le contrôle d'un organe, celui du Conseil supérieur de la magistrature. Il agira sur les deux axes fondamentaux de la magistrature, la nomination et la discipline, auparavant dévolus au pouvoir politique (Section 2).

Section 1 : L'enracinement de la formation du magistrat

Face à l'échec de l'auditorat et le dévoiement de la suppléance, la question de la formation professionnelle des futurs magistrats est essentielle. Elle reposera d'abord sur la création d'une entité spécifique et unique de formation (Paragraphe 1). Cette formation, à l'instar du concours, est toute entière pensée pour être la plus efficiente possible (Paragraphe 2). Le passage par l'ENM des magistrats est un moment capital et le biais principal de création du corps de la magistrature.

Paragraphe 1 : La création d'une École et ses conséquences

La formation du magistrat était pensée sous l'empire de l'auditorat comme devant s'effectuer en juridiction. Il en sera autrement par l'instauration d'un lieu unique de formation (I). L'entrée dans cette école s'accompagne d'un statut particulier pour l'élève magistrat mais pas qui ne l'est pas encore (II).

I : La création d'un lieu de formation pour magistrat en débat

L'idée posée par le concept de noviciat judiciaire, à savoir la nécessité de former des magistrats avant d'exercer leurs fonctions, sera reprise. La formation doit aller de pair avec la création d'une structure capable de l'assurer efficacement.

Si l'idée de reprise et d'ancrage du noviciat ne fait que peu de débat dès 1945¹⁴⁵⁶, la méthode pour y parvenir est nettement plus discutée. Le concept d'école des magistrats ne fait pas l'unanimité. En effet, une opposition très forte apparaît entre ceux qui sont favorables et ceux opposés à l'instauration d'une telle école.

La magistrature telle que conçue au XIX^{ème} siècle et qui perdurera jusqu'en 1958 connaît «une extrême hiérarchisation»¹⁴⁵⁷ qui n'autorisera que les hauts magistrats à s'exprimer et qui ne souffrent que très peu des transformations sur le recrutement et la formation. Les « magistrats de base »¹⁴⁵⁸ ne doivent leur salut qu'au bon vouloir du pouvoir politique et qu'une revendication est pour le moins délicate. L'après-guerre permettra de faire sauter les verrous de cette hiérarchisation car « elle est plus ou moins en état de choc et que sa capacité à s'opposer à une redéfinition de la légitimité du corps est minimale »¹⁴⁵⁹.

Dès lors, le champ devient plus libre pour régler la question de la formation des magistrats. Concernant, la question spécifique de l'école des magistrats, il existe un véritable affrontement entre les partisans d'un certain statu quo et ceux qui veulent une entité de formation efficiente.

Les partisans d'une école de la magistrature sont d'abord les magistrats eux même via l'Union Fédérale des Magistrats disposant d'un organe de presse dénommé « le pouvoir judiciaire » regroupant principalement les magistrats de base¹⁴⁶⁰. L'UFM développe progressivement l'idée de la nécessité d'une école des magistrats estimant que la formation des magistrats doit se faire dans une entité spécifiquement adaptée à la magistrature et à ses problématiques bien spécifiques que la faculté de droit ne peut pas appréhender totalement.

¹⁴⁵⁶ « Dès 1945, l'idée d'un recrutement et d'une formation spécifique comme moyen de renouveau de la magistrature avait été mise en avant », J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, op. cit., p. 1092.

¹⁴⁵⁷ A. BOIGEOL, « La formation des magistrats « De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle » », Actes de la recherche en sciences sociales, Vol. 76-77, mars 1989, *Droit et expertise*, p. 54.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

¹⁴⁶⁰ « Parmi les auteurs, on trouve beaucoup de juges de paix, de juges d'instruction, des procureurs de tribunaux de petite ou moyenne importance [...]. Ce sont des magistrats de base et du milieu de la hiérarchie judiciaire », in A. BOIGEOL, op. cit., p. 55.

Si les enseignements universitaires ne sont pas suffisants, « la formation des magistrats nécessite un ensemble d'enseignements spécifiques, dans lequel l'enseignement du droit occupe une place relativement mineure, qui ne peut être dispensé que dans un établissement ad hoc »¹⁴⁶¹. Cette école permettrait alors d'ouvrir « la magistrature à la complexité du monde contemporain grâce à un enseignement qui fasse une plus grande place aux évolutions sociales et économiques et ne se cantonne plus simplement à la technique du droit »¹⁴⁶². Si la faculté de droit se charge d'apprendre le droit au futur magistrat, l'école des magistrats devra nécessairement remplir un autre rôle, pour adapter ce magistrat à la spécificité de la magistrature.

Concernant les magistrats, une frange de la magistrature qui se situe « en haut de la hiérarchie judiciaire »¹⁴⁶³ et parmi « les plus âgés »¹⁴⁶⁴ refuse l'instauration de l'école car cela reviendrait à remettre en cause le schéma de formation de ces magistrats par la pratique via la suppléance, car « la véritable école du magistrat, c'est le Palais »¹⁴⁶⁵.

De manière logique, ces magistrats ne voient que du bénéfique par une formation purement pratique puisqu'elle a fonctionné pour eux et souhaitent « défendre le mode de reproduction traditionnel du corps »¹⁴⁶⁶. Les plus anciens magistrats, et donc au plus haut de la hiérarchie s'opposent à leurs cadets qui souhaitent une transformation du mode de formation des magistrats amenant, de facto, une remise en cause de la reproduction traditionnelle de la magistrature.

Parallèlement, les avocats ne souhaitaient pas voir apparaître une école de la magistrature. Le premier argument repose sur la distinction qui interviendrait entre eux et les magistrats au niveau de la formation car l'existence d'une formation spécifique renverrait les avocats à leur formation sur le tas¹⁴⁶⁷. L'autre crainte des avocats est la potentielle résurrection « d'un esprit de corps issus de l'Ancien Régime »¹⁴⁶⁸, qui serait créé par une formation commune au sein d'une école unique. Enfin, les universitaires eux ne souhaitaient pas perdre le monopole de l'enseignement juridique au détriment d'une nouvelle entité¹⁴⁶⁹. Cependant, cette nouvelle école ne serait pas en remplacement mais en complément de la formation universitaire.

¹⁴⁶¹ *Op. cit.*, p.57.

¹⁴⁶² J-P. ROYER, *op. cit.*, p. 1092.

¹⁴⁶³ A. BOIGEOL, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴⁶⁴ J-P. ROYER, *op. cit.*, p. 1093.

¹⁴⁶⁵ Citation de R. CAVARROC, conseiller à la Cour de cassation ; in. A. BOIGEOL, *ibid.*

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 60.

¹⁴⁶⁸ J-P. ROYER, *op. cit.*, p. 1093.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*

L'ensemble de ces critiques bien que différentes, car chacune défendant le pré carré de celui qui les forme, se rejoignent néanmoins sur une volonté commune de préserver l'équilibre en l'état. Cependant, il est nécessaire de bousculer l'équilibre car il était néfaste pour la magistrature. La peur d'une école de formation du magistrat est l'expression de la peur du bouleversement de paradigme concernant la magistrature. L'idée d'une école est l'évolution logique d'une démocratisation de la magistrature¹⁴⁷⁰.

Malgré l'hostilité latente envers l'école, le besoin de refonte de la formation est prégnant¹⁴⁷¹. Ainsi est proposé soit un institut de formation parallèle à une formation universitaire ou bien un perfectionnement du stage exigé de deux ans¹⁴⁷². Il ressort de ces propositions qu'elles tentent de préserver les équilibres contemporains vis-à-vis de la magistrature et de la formation.

Des opinions divergentes sur l'école des magistrats, il ressort que s'il devait y en avoir une, elle serait modelée à l'image de l'École Nationale de l'Administration (ENA). Créée par une ordonnance du 9 octobre 1945¹⁴⁷³, l'ENA permettait de « briser le système traditionnel [...] de cooptation et de démocratiser l'accès à la haute fonction publique »¹⁴⁷⁴. Si l'ENA permet de former les plus hauts fonctionnaires et des magistrats de l'ordre administratif, le pendant d'une école modelée sur son image pour les magistrats de l'ordre judiciaire est tout à fait à propos. Ainsi, une réflexion s'est posée sur la forme que devait prendre cette nouvelle école par rapport à l'ENA. Soit elle s'en inspirait fortement en créant une entité indépendante à cause de la nécessité de séparation des pouvoirs et de la spécificité de la magistrature soit elle devenait une branche autonome de l'ENA pour minimiser les coûts et profiter de son expérience, de son prestige¹⁴⁷⁵.

C'est ainsi que dès 1956 par un avant-projet vivement critiqué¹⁴⁷⁶ et une loi du 3 juin 1958¹⁴⁷⁷ que se précise la création future d'une structure indépendante de formation des magistrats.

¹⁴⁷⁰ H. DALLE, « Le recrutement et la formation des magistrats : une question de légitimité », *RFDP*, n°57, janvier/mars 1991, p. 54.

¹⁴⁷¹ « Il y a quasi-unanimité pour estimer que le système de formation est très insatisfaisant », A. BOIGEOL, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴⁷² *Ibid.*

¹⁴⁷³ Ordonnance du 9 octobre 1945 relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires et instituant une direction de la fonction publique et un conseil permanent de l'administration civile, *JORF* du 10 octobre 1945, p. 6378.

¹⁴⁷⁴ A. BOIGEOL, *op. cit.*, p. 60.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 61

¹⁴⁷⁶ « Diverses critiques sont formulées. Ils dénoncent le risque d'une sorte de mandarinat judiciaire ; une solidarité trop étroite entre les magistrats qui auraient reçu par ailleurs une formation rigoureusement identique, risque d'être un danger pour l'État », *ibid.*, p. 61.

¹⁴⁷⁷ « Cette loi donne pouvoir au gouvernement pour prendre par décret toutes dispositions nécessaires pour assurer par l'intermédiaire d'un centre spécialisé, doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière, la formation

Par l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958¹⁴⁷⁸ est créée le Centre National des Études Judiciaires (CNEJ). Avant de s'intéresser plus en détail au CNEJ, deux points sont à soulever permettant de s'interroger sur la défiance encore persistante vis-à-vis d'une école des magistrats. À ce propos, cette structure ne prend pas le nom d'école mais plus prosaïquement celui de centre. En effet, lors de sa création, la dénomination même de cette entité était en discussion.

Cette discussion fut tranchée rapidement par Michel Debré estimant que « le magistrat ne va pas à l'école, le magistrat va dans un centre »¹⁴⁷⁹. Le terme d'école faisait ressortir l'ensemble des critiques précédemment évoquées sur le rôle de la faculté du droit, le sentiment de corps de magistrature. Cet aménagement sémantique et volontairement neutre est pris pour éviter de réveiller les hostilités face à cette nouvelle et, donc fragile, structure.

Ce centre de formation des magistrats est installé bien loin de Paris ; à Bordeaux. Le Syndicat de la magistrature s'interroge sur ce choix très curieux pour eux. En effet, Il estime que « la volonté délibérée, sous prétexte de décentralisation, de reléguer ce centre dans la cinquième ville de France - symbole d'un choix pour une justice de cinquième ordre -, à près de 600 kilomètres de Paris, n'allait-elle pas avoir pour conséquence de tarir en qualité et en quantité un recrutement déjà insuffisant »¹⁴⁸⁰.

Il s'étonne et s'offusque d'être la seule grande institution de formation loin de Paris, loin de son modèle qu'est l'ENA¹⁴⁸¹. Si la première lecture de cette délocalisation forcée apparaît comme une punition, il est possible d'y voir une lecture sous-jacente. En éloignant le CNEJ de Paris, on l'éloigne par la même occasion des sphères d'influence notamment politique.

Quoi qu'il en soit, la ville d'installation demeure un véritable problème pour le syndicat de la magistrature estimant que l'éloignement de Paris nuit tour à tour au prestige, à l'attractivité du centre, à l'attractivité des élèves et des professeurs. Il appelle de ses vœux à ce qu'une partie des études se déroulent à Paris¹⁴⁸². En 1972¹⁴⁸³, le CNEJ laissera sa place à l'École nationale de la magistrature qui restera à Bordeaux mais qui prendra enfin le nom si évocateur et puissant

des magistrats », *ibid.* Il est à noter que cette loi pose les grandes lignes de cette future structure de formation en la voulant indépendante de l'ENA sans en être une branche.

¹⁴⁷⁸ Ord. stat., JORF du 23 décembre 1958, p. 11551 et s.

¹⁴⁷⁹ J-P. ROYER, *op. cit.*, p. 1094.

¹⁴⁸⁰ Syndicat de la magistrature, *La formation du magistrat*, Paris, 1968, p. 7.

¹⁴⁸¹ D'abord installée à Paris, elle fut progressivement transférée à Strasbourg à partir de 1991 rejoignant ainsi le CNEJ dans son exil provincial.

¹⁴⁸² *Op. cit.*, p. 14 – 15.

¹⁴⁸³ Décret du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature, JORF du 5 mai 1972, p. 4635.

d'école lorsque les critiques à l'encontre de cette entité si particulière se seront tues. Synthèse des oppositions, l'ENM est devenue une « école professionnelle » dans le sens le plus noble du terme¹⁴⁸⁴. Elle permet de faire passer les candidats en auditeurs puis en magistrats ; à devenir des magistrats professionnels.

Que ce soit à travers le CNEJ ou l'ENM, le premier aspect à aborder à propos de ces entités, si spécifiques dans leur rôle, est assurément celui de sa structuration.

L'ordonnance statutaire de 1958 dans sa version d'origine précise en son article 14 qu' « il est institué un centre national d'études judiciaires. Ce centre a pour objet d'assurer la formation professionnelle des auditeurs de justice, par des stages et un enseignement appropriés »¹⁴⁸⁵. Ce dispositif sera complété par un décret en date du 7 janvier 1959¹⁴⁸⁶ fixant l'organisation générale du CNEJ. Cette structure particulière dispose d'une gouvernance spécifique dédiée à la formation des magistrats.

Le CNEJ dispose d'un conseil d'administration chargé de mettre en œuvre la formation des magistrats. Son conseil d'administration est composé de seize membres comprenant le premier président de la Cour de cassation (président du CNEJ), le procureur général près la Cour de cassation (vice-président du CNEJ), de deux directeurs d'administration centrale du ministère de la Justice, de cinq magistrats du siège ou du parquet (un de la Cour de cassation, un de la Cour d'appel de Paris, un d'une Cour d'appel, un du tribunal de grande instance de Paris et un d'un tribunal de grande instance), trois fonctionnaires et quatre personnalités qualifiés dont deux parmi les membres de l'Université et une parmi une profession judiciaire¹⁴⁸⁷.

Ce conseil accompagne le directeur du CNEJ et doit être consulté sur toutes questions sur l'organisation du CNEJ, sur la formation, la scolarité, les programmes, la discipline intérieure et le règlement intérieur¹⁴⁸⁸.

Concernant le cœur d'activité du CNEJ, un comité des études est chargé de mettre en œuvre le programme des cours et de choisir les professeurs intervenants. Les choix opérés par le comité des études sont soumis à l'approbation du conseil d'administration¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁴ P. MARTAGUET, « Comment devient-on magistrat ? », *Pouvoirs*, n°16, p. 116.

¹⁴⁸⁵ Art. 14 Ordonnance du 22 décembre 1958, *op. cit.*

¹⁴⁸⁶ Décret n° 59-83 du 7 janvier 1959 portant règlement d'administration publique relatif au centre national d'études judiciaires, JORF du 8 janvier 1959, p. 567 et s.

¹⁴⁸⁷ Art. 3, *ibid.*

¹⁴⁸⁸ Art.5 et 6, *ibid.*

¹⁴⁸⁹ Art.7, *ibid.*

Dès lors, le CNEJ est cogéré par trois organes à savoir le directeur, le conseil d'administration et le comité des études. Le syndicat de la magistrature propose de modifier la structure du CNEJ pour supprimer le comité des études purement consultatif et de modifier la composition du conseil d'administration pour laisser une place aux auditeurs¹⁴⁹⁰.

Lors du basculement vers l'ENM par le décret de 1972 modifié en 2008¹⁴⁹¹, la gouvernance telle que posée par celui de 1959 pour le CNEJ reste sensiblement équivalente. En effet, l'ENM est toujours dirigée par un directeur qui est à la tête du conseil pédagogique chargé de mettre en œuvre la pédagogie de l'école¹⁴⁹². Le conseil d'administration est également repris dans des formes semblables comprenant tour à tour quatre membres de droit (le premier président et le procureur général près la Cour de cassation, le directeur des services judiciaires et le directeur général de l'administration), des magistrats, des universitaires, un représentant du personnel de l'ENM et deux représentants des auditeurs de justice¹⁴⁹³. Le conseil d'administration de l'ENM

¹⁴⁹⁰ Syndicat de la magistrature, la formation du magistrat, *op. cit.*, p. 19 et s.

¹⁴⁹¹ Décret du 31 décembre 2008 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF du 1^{er} janvier 2009, p. 70.

¹⁴⁹² Art. 2, décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁴⁹³ Art. 4, *Ibid.* « Le conseil d'administration comprend : a) Quatre membres de droit :

Le premier président de la Cour de Cassation, président ; Le procureur général près la Cour de cassation, vice-président ; Le directeur des services judiciaires ou son représentant ; Le directeur général de l'administration et de la fonction publique, ou son représentant.

b) Neuf membres nommés par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice :

Un directeur à l'administration centrale du ministère de la justice, ou son suppléant désigné dans les mêmes formes
Un premier président ou un procureur général de cour d'appel ;

Un magistrat hors hiérarchie ou du premier grade de la Cour d'appel de Paris ou des tribunaux de grande instance de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil ;

Un président ou un procureur de la République d'un tribunal de grande instance ;

Un magistrat ancien auditeur de justice ayant moins de sept ans de services effectifs depuis sa première installation

Un membre des professions judiciaires ;

Trois personnalités qualifiées, dont une personne exerçant l'une des fonctions à la formation desquelles l'Ecole nationale de la magistrature peut contribuer, en application du b de l'article 1er.

c) Deux membres nommés par arrêté conjoint du garde des Sceaux, ministre de la justice, et du ministre de l'éducation nationale : Un directeur d'institut d'études judiciaires ; Un professeur des universités.

d) Un coordonnateur de formation ou coordonnateur régional de formation ou son suppléant, élu au scrutin uninominal majoritaire à un tour et à bulletin secret par l'ensemble des coordonnateurs de formation, coordonnateurs régionaux de formation et enseignants associés réunis en collège par le directeur.

e) Un magistrat délégué à la formation et un directeur de centre de stage, ou leur suppléant, élus au scrutin uninominal majoritaire à un tour et à bulletin secret par l'ensemble des directeurs de centre de stage et des magistrats délégués à la formation réunis en collège par le directeur.

f) Un représentant du personnel ou son suppléant, élu au scrutin uninominal majoritaire à un tour et à bulletin secret par l'ensemble des membres du personnel administratif et technique.

g) Deux représentants des auditeurs de justice de chacune des promotions en cours de formation en deuxième et troisième année, élus au scrutin uninominal majoritaire à un tour et à bulletin secret.

Les membres du conseil d'administration mentionnés au g ne participent pas aux travaux du conseil portant nomination de magistrats délégués à la formation, de directeurs de centre de stage ou de membres de jurys prévus par le présent décret.

Un représentant de chaque syndicat ou organisation professionnelle représentatif à l'égard des magistrats d'après le nombre de voix recueillies lors de l'élection du collège des magistrats, désigné par le garde des sceaux, ministre de la justice, sur proposition desdits syndicats ou organisations, et deux représentants des auditeurs de justice de la promotion en cours de formation en première année élus dans les conditions prévues au g siègent au conseil d'administration avec voix consultative. Siègent également au conseil, avec voix consultative, le directeur de

est ainsi composé de 19 membres avec voix délibératives et de 7 membres avec voix consultatives.

Le rôle du conseil d'administration est pluriel et lui permet de délibérer sur les orientations générales de l'école, le budget de manière large, le programme de formation, le règlement intérieur et consulté obligatoirement sur l'organisation et le fonctionnement de l'école¹⁴⁹⁴. Enfin, le comité des études du CNEJ s'est transformé en conseil pédagogique¹⁴⁹⁵ qui assiste le directeur dans la mission première de l'ENM, qui est la formation du magistrat. Il est composé du directeur, des directeurs adjoints chargés de la formation initiale et de la formation continue, des personnes compétentes dans la formation¹⁴⁹⁶ et deux auditeurs de justice¹⁴⁹⁷.

Si l'on retrouve une gouvernance tripartite à l'instar du CNEJ, la gouvernance de l'ENM est une amélioration assez nette des missions échues à chacune des entités de gouvernance où le rôle formateur de l'ENM est mis en avant. La structuration de l'ENM est faite pour assurer la meilleure formation possible aux auditeurs. Ironiquement, on retrouve au sein des instances de gouvernance de l'ENM à la fois des magistrats élevés dans la hiérarchie, des universitaires et des avocats qui lors des débats sur la création d'une École des magistrats étaient tous contre. Cette présence peut s'expliquer par un mouvement d'apaisement envers ces entités, dans le but d'améliorer la formation des magistrats.

Cependant, on ne retrouve pas, de manière systématique, de magistrat dans les instances décisionnelles de formation des universitaires ou des avocats. Il semble étonnant que la réciproque ne soit pas vraie.

Un aspect purement pragmatique ressort de l'étude de la gouvernance tant du CNEJ que de l'ENM, celui de la gestion budgétaire et, in fine, de l'indépendance de l'entité. En effet, le syndicat de la magistrature en 1969 estimait que le contrôle a priori sur le budget de CNEJ était inadapté et que « toute réforme du CNEJ et surtout toute réforme pédagogique passe par une réforme profonde du régime financier de l'établissement » et préconisait que le directeur soit

l'école, le membre du corps du contrôle général économique et financier et l'agent comptable. Le directeur peut se faire accompagner par toute personne de son choix appartenant au personnel de direction ou d'enseignement de l'école. Le président peut également appeler toute personne de son choix à assister aux délibérations. »

¹⁴⁹⁴ Art. 8, *ibid.*

¹⁴⁹⁵ Ce conseil « contribue à la définition des grandes orientations pédagogiques, à l'élaboration et à la mise en œuvre des programmes de formation initiale et continue et à l'évaluation de la pédagogie », Art. 42, *ibid.* ;

¹⁴⁹⁶ « 4° Une personnalité qualifiée, nommée par arrêté du garde des sceaux ; 5° Deux doyens d'enseignements ; 6° Deux coordonnateurs de formation ; 7° Un enseignant associé ; 8° Un coordonnateur régional de formation », Art. 43, *ibid.*

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*

ordonnateur des recettes et des dépenses du centre¹⁴⁹⁸. L'ENM suivra la proposition faite en déclarant que « [le directeur] est ordonnateur des recettes et des dépenses »¹⁴⁹⁹. L'autonomie budgétaire peut paraître secondaire mais est en réalité déterminante et montre la marge d'indépendance dont dispose l'ENM.

L'évolution de la problématique de formation des magistrats connaît un bond immense par la création et l'affirmation d'une structure entièrement dédiée et tournée vers la formation. La gouvernance démontre le souci d'encadrement de cette formation par divers organes tendant au perfectionnement de son rôle. Le temps d'une formation des magistrats sur le tas au sein d'une juridiction est bel et bien révolu. La formation du magistrat se fait dans un lieu et dans un temps séparé de la magistrature, bien qu'elle figure en bonne place au sein des organes de gouvernance de l'ENM et à raison.

Ce temps à part de la formation intercalée, à dessein entre le recrutement et la nomination, implique un statut à part entre celui du candidat et du magistrat. Le magistrat suppléant en formation tout en étant inamovible n'avait aucun sens. Le futur magistrat en formation doit avoir un statut en adéquation.

II : L'instauration d'un statut spécifique à la formation

Bien que le terme soit ô combien symbolique car puisant ses racines dans l'auditorat impérial, l'auditeur de justice moderne dispose désormais d'un statut encadré. Ce statut de l'auditeur est hybride, plus du tout simple candidat, pas tout à fait celui d'un magistrat ni tout à fait celui d'un fonctionnaire. C'est un statut à part, provisoire et transitoire avant d'être magistrat.

Selon les articles 52 et suivants du décret de 1972 en un titre IV dénommé « des auditeurs de justice », l'auditeur de justice emprunte à certains endroits celui du magistrat notamment sur le principe des incompatibilités. En effet, l'article 52 estime que « les auditeurs de justice sont assimilés aux magistrats pour l'application des articles 8, 9, 10 et 11 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée »¹⁵⁰⁰. Les articles susmentionnés prévoient que la fonction de magistrats est incompatible avec l'exercice de toutes fonctions publiques, professionnelles ou

¹⁴⁹⁸ La formation du magistrat, *op. cit.*, p. 27 – 28.

¹⁴⁹⁹ Art.2, décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁵⁰⁰ Art. 52 du décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

salariées, de parlementaires au sens large¹⁵⁰¹. Dès lors, les incompatibilités fonctionnelles opposables au magistrat s'appliquent également à l'auditeur de justice.

Il est à noter que l'article 9-1 de l'ordonnance statutaire soit en dehors du champ d'application de l'article 52 du décret du 4 mai 1972 signifiant alors que l'auditeur de justice peut exercer des fonctions interdites au magistrat¹⁵⁰². Pour rester dans une logique cohérente vis-à-vis des incompatibilités opposables au magistrat et transposées à l'auditeur, il serait judicieux d'inclure cet article dans le champ des incompatibilités de l'article 52 du décret de 1972.

Comme pour les magistrats, il est prohibé pour les auditeurs de justice de participer à « toute délibération politique » et de montrer « toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République »¹⁵⁰³. Au-delà de subir quelques-unes des obligations incombant au magistrat, l'auditeur de justice bénéficie d'une de leur protection. En effet, les auditeurs de justice comme « les magistrats sont protégés contre les menaces, attaques de quelque nature que ce soit, dont ils peuvent faire l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions »¹⁵⁰⁴.

Si l'auditeur de justice emprunte beaucoup d'attributs au statut des magistrats, il en emprunte aussi quelques-uns à celui des fonctionnaires. En effet, les articles 52 et 53 du décret de 1972 disposent également que sont applicables certains articles de la loi du 11 janvier 1984¹⁵⁰⁵ et du décret du 7 octobre 1994¹⁵⁰⁶. Ces articles opposables aux auditeurs de justice relatifs au droit à congé annuel et pour maladie sont normalement octroyés aux « fonctionnaires en activité »¹⁵⁰⁷. Les dispositions applicables du décret de 1994 sont relatives aux congés pour raisons personnelles, familiales et de santé « pour les fonctionnaires stagiaires »¹⁵⁰⁸. Si l'auditeur emprunte à la fois aux magistrats et aux fonctionnaires, ceux de l'ordonnance statutaire semblent être les plus déterminants.

¹⁵⁰¹ Art. 8 et 9, ord. stat.

¹⁵⁰² « Avocat, de notaire, d'huissier de justice, de commissaire-priseur judiciaire, de greffier de tribunal de commerce, d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire 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 », Art. 9-1, *ibid.*

¹⁵⁰³ Art. 10, *ibid.*

¹⁵⁰⁴ Art. 11, *ibid.*

¹⁵⁰⁵ Art. 34, Loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, JORF du 12 janvier 1984, p. 271.

¹⁵⁰⁶ Art. 6, 19, 21, 22, 23, 24 et 25, Décret du 7 octobre 1994 fixant les dispositions communes applicables aux stagiaires de l'Etat et de ses établissements publics, JORF du 12 octobre 1994, p. 14464.

¹⁵⁰⁷ Art. 34, *op. cit.*

¹⁵⁰⁸ Art. 6, 19, 21, 22, 23, 24 et 25, *op. cit.*

Ce statut d'auditeur de justice s'acquiert par la réussite à l'un des trois concours d'accès à l'ENM de l'article 17 de l'ordonnance statutaire ou par le recrutement sur titre de l'article 18-1¹⁵⁰⁹. Cependant la réussite du concours ou le recrutement sur titre ne garantit pas de facto le statut d'auditeur de justice, il est nécessaire pour être admis à l'école de constater l'aptitude physique nécessaire et exigée par un médecin agréé¹⁵¹⁰.

Une fois devenu auditeur de justice, il est nécessaire de lui faire prêter serment dans les formes prescrites par l'article 20 de l'ordonnance statutaire disposant que les auditeurs sont soumis au secret professionnel et en ces termes « je jure de garder le secret professionnel et de me conduire en tout comme un digne et loyal auditeur de justice »¹⁵¹¹. Si l'auditeur emprunte bon nombre de contraintes et de protections du statut des magistrats, il possède un serment spécifique à la fonction d'auditeur de justice et qui ne saurait se confondre avec le serment de magistrat¹⁵¹². Preuve supplémentaire s'il en est que l'auditeur de justice ne peut être et ne doit pas être considéré comme un magistrat. Il n'est qu'un magistrat en devenir. L'auditeur de justice, magistrat en puissance, prend un engagement, celui de « d'accomplir au moins dix années de fonctions en qualité de magistrat »¹⁵¹³ dans le cas de la réussite des épreuves de sorties de l'ENM.

Le futur magistrat qui n'accomplirait pas ces dix années de services devra rembourser la rémunération qu'il a perçue lors de sa formation¹⁵¹⁴. L'auditeur de justice qui ne termine pas sa formation sera soumis au même traitement et ne pourra pas se prévaloir de la qualité d'ancien auditeur de justice sauf inaptitude physique¹⁵¹⁵.

La formation des auditeurs de justice est un engagement réciproque entre l'ENM et l'auditeur. L'ENM s'engage à former les futurs magistrats mais ces futurs magistrats ont des devoirs vis-à-vis de l'ENM et de sa formation. L'auditeur dispose d'un statut hybride entre magistrat et fonctionnaire, un autre élément déterminant permet de faire pencher la balance encore plus vers celui de magistrat.

¹⁵⁰⁹ Art. 30 du règlement intérieur de l'ENM en application des dispositions du décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁵¹⁰ Art. 32, *ibid.*

¹⁵¹¹ Art. 20 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, *op. cit.*

¹⁵¹² « Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat », Art. 6, ord. stat.

¹⁵¹³ Art. 56, décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁵¹⁴ *Ibid.*

¹⁵¹⁵ Art. 57, *ibid.*

Le décret de 1972, en son titre IV nommé « des auditeurs de justice », contient un chapitre II « Discipline des auditeurs de justice »¹⁵¹⁶. Le règlement intérieur de l'ENM mentionne différentes situations pouvant engendrer des sanctions à savoir des absences répétées, des dégradations des locaux, le non-respect de l'exigence d'une tenue correcte à l'école ou en stage par exemple¹⁵¹⁷.

Les sanctions prononçables à l'encontre d'un auditeur de justice peuvent être diverses, allant de l'avertissement à l'exclusion¹⁵¹⁸. Un conseil de discipline¹⁵¹⁹ délibère à la majorité, voix prépondérante est donnée au président en cas de partage de voix égale¹⁵²⁰. Néanmoins, l'avis de ce conseil de discipline n'est pas l'étape ultime du processus de sanction disciplinaire puisque la sanction définitive est prononcée « par arrêté du garde des sceaux, ministre de la Justice »¹⁵²¹. Seul le blâme ou l'avertissement peut être prononcé par le directeur de l'école sans l'avis du conseil de discipline. L'auditeur en cause a l'obligation d'être entendu et défendu par un avocat ou un membre du corps judiciaire¹⁵²².

Sans empiéter sur des développements futurs sur la discipline des magistrats, la procédure de sanction disciplinaire de l'auditeur ressemble à s'y méprendre à celle des titulaires tout comme l'autorité qui prononce la sanction. Cette procédure est un élément supplémentaire de trouble posé sur le statut des auditeurs puisque le système de sanction est similaire à celui des magistrats tendant à rendre l'auditeur de plus en plus comme un magistrat, l'éloignant de celui de fonctionnaire. Mais, s'il y ressemble, ce statut ne peut en aucun être confondu avec celui de la magistrature.

Le statut d'auditeur de justice est réellement un statut à part tout en se calquant sur celui du magistrat. Il dispose de son propre serment, d'une nomination spécifique, d'une déontologie propre à l'auditeur et d'une discipline exclusive. Le corps des auditeurs dispose de tous les attributs du corps de la magistrature mais spécialement adaptés à cette période transitoire et temporaire de la formation professionnelle. L'auditeur n'est pas encore un magistrat car en

¹⁵¹⁶ Les articles 59 à 65 du décret posent les règles en cas de « manquement d'un auditeur de justice aux devoirs de son état et, notamment aux obligations qui résultent de son serment, du présent décret et du règlement intérieur de l'école nationale de la magistrature ».

¹⁵¹⁷ Art. 39 à 45 du règlement intérieur de l'ENM.

¹⁵¹⁸ « Un avertissement ou le blâme, l'exclusion temporaire pour une durée d'un mois au plus avec ou sans retenue, de tout ou partie du traitement ou l'exclusion définitive », Art. 60, *ibid.*

¹⁵¹⁹ Il est constitué du président ou du vice-président du conseil d'administration, du directeur des services judiciaires, du directeur de l'école, d'un directeur de stage et d'un magistrat enseignant et de deux auditeurs, Art. 63, *ibid.*

¹⁵²⁰ Art. 64, *ibid.*

¹⁵²¹ Art. 61, *ibid.*

¹⁵²² *Ibid.*

pleine formation professionnelle. Lui conférer l'inamovibilité comme au XIX^{ème} siècle n'a aucun sens. On ne peut donner une garantie de stabilité à un statut, par nature, limité dans le temps.

Néanmoins, ce statut provisoire évoque l'idée d'individus regroupés au sein d'un collectif commun. Le passage par l'ENM au-delà de la formation professionnelle stricto sensu symbolise l'acquisition d'un réflexe de groupe pour les futurs magistrats. L'esprit de corps refusé à la magistrature de par son mode de sélection arbitraire est désormais libéré dans le recrutement de ce si lourd poids. Dans son article sur l'esprit de corps¹⁵²³, Monsieur Michel Miaille évoque les prédispositions nouvelles à son acquisition. La modification du recrutement et la dépolitisation des magistrats à ce stade permettent le développement d'un sentiment collectif impossible auparavant. Débarrassée de ces freins lors du recrutement, la promotion recrutée rentre à l'ENM libérée de toutes contraintes. Véritable corps social à part entière à taille réduite et disposant de son statut propre, l'Ecole est le lieu idoine pour créer un esprit de groupe à travers les promotions et à la magistrature en son ensemble. L'ENM permet le développement d'un esprit de corps¹⁵²⁴, lieu unique d'échange et de partage bien loin d'une formation éclatée et isolée en juridictions¹⁵²⁵.

Paragraphe 2 : Une formation professionnelle fondamentale

Le développement de la formation professionnelle du magistrat la rend comme un élément incontournable de la magistrature, un passage obligé. Dès lors, elle ne peut être laissée au hasard et bénéficie d'une attention particulière pour être la plus complète et la plus efficiente possible (I). Malgré son degré de perfectionnement très élevé, la formation ne peut être que probatoire et ne confère aucune garantie pour l'auditeur de justice concernant les suites de cette dernière (II).

¹⁵²³ M. MIAILLE, « Les prédispositions à l'esprit de corps : les candidats au concours de la magistrature », in. G. GUGLIELMI, *L'esprit de corps, démocratie et espace public*, Paris cedex 14, PUF, « La Politique éclatée », 2005, p. 227 – 275.

¹⁵²⁴ A. BOIGEOL, « Les magistrats « hors les murs » ». In *Droit et société*, n°44-45, 2000. Justice et Politique (III). Les magistratures, p. 229.

¹⁵²⁵ C. SCHOULER, « L'École nationale de la magistrature, appareil reproducteur du corps judiciaire », in J-P. MIGNARD (dir.). *Justice pour tous*, Paris, Éd. la Découverte, 2001, p. 258.

I : Une formation rationalisée

Après s'être dotée non sans mal d'une École et d'organes de gouvernance, il faut désormais évoquer l'essentiel. L'échec de l'auditorat impérial est de laisser la formation aux magistrats dans les cours sans prévoir ce que serait cette formation. Le CNEJ devenu ENM n'a eu de cesse que de perfectionner cette formation professionnelle pour disposer à la sortie du meilleur magistrat possible, sa mission pédagogique prioritaire.

Il s'est développé à travers l'ENM une certaine approche de la pédagogie pour les auditeurs de justice. La formation à l'ENM peut être qualifiée de scientifique, comme le concours, dans une recherche perpétuelle d'exigence et de rigueur. Il est mis en œuvre une pédagogie minutieuse et anticipée de la formation initiale des auditeurs de justice. La rationalisation de la formation est mise en place pour optimiser les différentes étapes de formation, les intervenants, l'encadrement pour tendre vers un idéal, celui d'avoir en fin de formation le meilleur magistrat possible.

À titre liminaire, la formation dispensée à l'ENM provient de celle de son « père » le CNEJ qui posera les premiers jalons de la pédagogie pour les futurs magistrats. Elle était découpée en trois phases. La première étape d'une durée d'un an se déroulant à Bordeaux, comprend principalement une phase de formation théorique avec un stage d'initiation en juridictions. La deuxième étape, d'une durée de quatorze mois tournée, vers les stages au sein du ressort d'une grande Cour d'appel et sur l'ensemble des secteurs des juridictions. La troisième étape comprend un stage de deux mois de pré affectation avant la prise de fonction définitive de l'auditeur de justice¹⁵²⁶.

Le syndicat de la magistrature, en 1969, appelle de ses vœux à une évolution certaine de la pédagogie du CNEJ. Il estime qu'il serait nécessaire de conserver et d'affermir « l'approfondissement des connaissances juridiques souvent mal inculquées en faculté tout en garantissant une formation sur des domaines voisins et l'acquisition d'une compétence professionnelle rendant habile à exercer les fonctions de magistrat dès la sortie du centre »¹⁵²⁷.

Cette structure pédagogique du CNEJ sera reprise par l'ENM et volontairement amplifiée. L'objectif de l'ENM est « de former des auditeurs de justice au métier de magistrat dans ses différentes fonctions par l'acquisition des compétences fondamentales permettant une prise de

¹⁵²⁶ Syndicat de la magistrature, *La formation du magistrat*, I, *op. cit.*, p. 31 et 32.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, p.34

décision conforme à la loi et adaptée à son contexte, respectueuse de l'individu et des règles éthiques et déontologiques, s'inscrivant dans son environnement institutionnel national et international »¹⁵²⁸. Le décret de 1972 pose également en tant que mission première de l'ENM « la formation initiale et continue des magistrats de l'ordre judiciaire français »¹⁵²⁹.

Afin d'assurer cette mission de formation initiale des auditeurs de justice, l'ENM se structure d'une manière spécifique¹⁵³⁰. En effet, le directeur de l'école est secondé par un directeur adjoint chargé du recrutement, de la formation initiale et de la recherche dans la mise en place et la mise en œuvre de la pédagogie. Le directeur adjoint est à la tête de différentes sous sections en charge de l'application des programmes. Elles sont au nombre de quatre regroupant ainsi la sous-direction des recrutements, des stages, des études et de la recherche et de la documentation. Chacune de ses sous directions est composée quasi exclusivement de magistrats et de greffiers.

La partie formation théorique de l'ENM est sous le contrôle de la sous-direction des études. Elle s'appuie sur des coordonnateurs de formation pour chacun des pôles de formation, tous des magistrats détachés pour une durée de trois ans renouvelable une fois. Cette sous-direction est également composée d'enseignants associés et d'intervenants occasionnels¹⁵³¹. Chaque pôle de formation est composé d'un doyen des enseignements chargé de définir les grandes orientations pédagogiques de son pôle après avis des autres enseignants. Ce doyen contribue également aux enseignements¹⁵³² assisté d'un animateur du pôle et d'assistants de justice.

La partie pratique de la formation par les stages est régie par la sous-direction des stages chargée notamment d'affecter et d'évaluer les stagiaires et de former les formateurs. Elle s'appuie sur douze coordonnateurs régionaux de formation, magistrats détachés à l'ENM et de directeurs de centre de stage (DCS) dans chaque juridiction, dans chaque tribunal de grande instance, qui sont chargés d'organiser les stages¹⁵³³.

L'ensemble des décideurs de la politique pédagogique, des coordonnateurs de formation (d'étude ou de stage) ou des DCS sont des magistrats. Les intervenants ne sont pas forcément

¹⁵²⁸ Programme pédagogique de l'ENM de la promotion 2020, p. 18 ; Art. 71, règlement intérieur de l'ENM

¹⁵²⁹ Art. 1^{er} du décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁵³⁰ Pour plus de précision sur le découpage de la structure pédagogique et les compétences relatives à la formation initiale, Programme pédagogique, ENM, promotion 2016, p. 22 et s.

¹⁵³¹ Art. 41, décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁵³² Art. 40-1 du décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁵³³ Programme pédagogique ENM, promotion 2016, p. 31 et s.

tous des magistrats¹⁵³⁴ mais ceux qui décident et font appliquer la pédagogie sont tous des magistrats de l'ordre judiciaire, soit en détachement à l'ENM soit en fonction.

À la lumière de la structuration pédagogique de l'ENM, il semblerait que le débat pré-CNEJ sur l'existence et le rôle d'une école semble être résolu ici. En effet, l'une des anicroches principales à propos de l'école fut l'opposition entre formation purement théorique, déconnectée de la pratique et le fait que la Cour soit la vraie école des magistrats. Dès lors, le choix ne se portera ni sur l'une ou l'autre mais une synthèse sera faite. La formation des magistrats comprendra à la fois une formation théorique et pratique.

La période de formation à l'ENM est fixée à trente et un mois¹⁵³⁵ pendant laquelle vont s'enchaîner alternativement les cours théoriques et les stages. Ce découpage est appelé séquençage de la formation. L'objectif prioritaire de la formation est l'acquisition par l'auditeur des treize compétences prévues à l'article 71 du règlement intérieur. Si à l'occasion du concours, il était simplement nécessaire de vérifier que le candidat pouvait à minima les acquérir, le but de l'école est de les faire acquérir à tous les auditeurs de justice. Toutes les étapes du séquençage, que ce soit les phases de stage ou de formation par les différents pôles de formation, seront tournées vers cet objectif.

La formation est décomposée en plusieurs étapes. Tout d'abord, la formation débute par un stage d'immersion en juridiction d'une semaine, un stage avocat, une période d'étude de 32 semaines suivie d'une période de stage de 38 semaines, 3 semaines de stage partenaire plus 7 semaines de stage extérieur¹⁵³⁶.

Il est à noter que le stage avocat a connu des modifications assez récentes. En effet, une loi organique de 2007 disposait que « les auditeurs de justice effectuent, pendant la scolarité à l'École nationale de la magistrature, un stage d'une durée minimale de six mois auprès d'un barreau ou comme collaborateur d'un avocat inscrit au barreau »¹⁵³⁷. La loi organique du 8 août

¹⁵³⁴ « Le corps enseignant permanent a donc été ouvert à des professionnels n'étant pas magistrat d'abord en 2007 avec des enseignants en psychologie et en langue puis en 2009 avec un greffier en chef », P. ASTRUC, *op. cit.*, p. 76.

¹⁵³⁵ Art. 40 du décret du 4 mai 1972, *op. cit.* ; Cette période de formation initiale fût fluctuante et oscillant entre 36 mois en 1959, 28 mois en 1965, 24 mois en 1974, 27 mois en 1990 ; in P.ASTRUC, *Devenir magistrat, op. cit.*, p. 70 et s.

¹⁵³⁶ Programme pédagogique ENM, promotion 2020, p. 24.

¹⁵³⁷ Art. 3, Loi organique du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, JORF du 6 mars 2007, p. 4184.

2016¹⁵³⁸ précise la rédaction de l'article 19 de l'ordonnance statutaire¹⁵³⁹. La circulaire d'application de la loi organique précise que cette modification intervient « dans le sens d'une diversification des stages accomplis et d'un assouplissement des limites temporelles du stage effectué auprès d'un avocat » suivant les recommandations de l'inspection générale des services judiciaires¹⁵⁴⁰. Dès lors, ce stage avocat passe d'une durée de six mois à une durée de douze semaines, le nouveau séquençage de l'ENM prend en compte cette modification.

Le séquençage vise huit secteurs de formation spécifique assurés par huit pôles de formation¹⁵⁴¹. Introduit par le décret du 31 décembre 2008¹⁵⁴², le concept de pôle de formation laissé au libre choix de l'école¹⁵⁴³ comptait à partir de 2009 sept pôles, un huitième fut intégré, celui de vie de l'entreprise renommé vie économique et judiciaire.

La formation initiale théorique et pratique est assurée tout au long des trente et un mois à travers le prisme de ces huit pôles dans le but d'acquérir les treize compétences des magistrats¹⁵⁴⁴. Chaque pôle comprend une partie théorique et pratique visant à acquérir une ou plusieurs compétences ; la pratique permet de mettre en application les compétences et connaissances acquises au moment de la formation théorique. De manière pragmatique, la théorie et la pratique sont indissociables au sein de ces huit pôles, la formation théorique est mise en application lors des différents stages.

La formation théorique de 32 semaines balaye l'ensemble des huit pôles de formation. En effet, à titre d'exemple la formation initiale théorique relative au pôle humanités judiciaires comprend

¹⁵³⁸ Loi organique du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 11 août 2016, texte n°1.

¹⁵³⁹ « Les auditeurs de justice effectuent, pendant la scolarité à l'École nationale de la magistrature, une formation leur permettant de mieux connaître l'environnement judiciaire, administratif et économique, incluant un stage auprès d'un barreau ou comme collaborateur d'un avocat inscrit au barreau », Art.19, ordonnance statutaire du 22 décembre 1958, *op. cit.*

¹⁵⁴⁰ Circulaire du 27 octobre 2016 relative à la mise en œuvre des dispositions d'application immédiate de la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, BOMJ du 30 novembre 2016, p. 2.

¹⁵⁴¹ Ces pôles de formations sont ainsi dénommés ; humanités judiciaire, processus de décision et de formalisation de la Justice civile, processus de décision et de formalisation de la Justice pénale, communication judiciaire, administration de la justice, dimension internationale de la justice, environnement judiciaire et vie économique et sociale.

¹⁵⁴² Art. 32, décret du 31 décembre 2008, JORF du 1^{er} janvier 2009, p. 70.

¹⁵⁴³ Art. 40-1, décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁵⁴⁴ « À identifier, s'approprier et mettre en œuvre les règles déontologiques ; analyser et synthétiser un dossier ; à identifier, respecter et garantir un cadre procédural ; d'adaptation ; à adopter une position d'autorité ou d'humilité adaptée aux circonstances ; à la relation, à l'écoute et à l'échange ; à préparer et conduire une audience ou un entretien judiciaire dans le respect du contradictoire ; à susciter un accord et concilier ; à prendre une décision, fondée en droit et en fait, inscrite dans son contexte, empreinte de bon sens et exécutable ; à motiver, formaliser et expliquer une décision ; à prendre en compte l'environnement institutionnel national et international ; à travailler en équipe ; à s'organiser, gérer et innover », Article 71, règlement intérieur de l'École nationale de la magistrature.

des formations sur l'histoire de la magistrature, le statut des magistrats, l'éthique et la déontologie. Ces formations permettent de travailler deux capacités fondamentales qui sont les capacités à identifier, s'approprier et mettre en œuvre les règles déontologiques et à prendre en compte l'environnement institutionnel national.

Ce pôle humanité judiciaire est complété par une formation initiale pratique par le stage avocat, juridictionnel et extérieur. La formation théorique et pratique est qualifiée de niveau 1 lors de la première période de formation, le niveau 2 intervient dans un second temps pendant une autre période de formation avant la prise de fonction¹⁵⁴⁵.

Autre exemple, le pôle « processus de décision et de formalisation de la justice pénale » est celui qui est le plus important en termes de volume (66,5 demi-journées dont 60,5 demi-journées en directions d'études)¹⁵⁴⁶. La formation théorique regroupe des cours sur la phase pré-sentencielle comme les pouvoirs et l'orientation de l'enquête, la phase sentencielle avec la préparation des audiences, le délibéré et les peines et la phase post-sentencielle avec la mise en exécution des peines. Ce pôle est complété par la pratique des stages : avocat, service enquête, pénitentiaire et juridictionnel. Ce pôle vise à l'acquisition des capacités fondamentales à analyser et synthétiser une situation ou un dossier, à identifier, respecter et garantir un cadre procédural, à préparer et conduire une audience ou un entretien judiciaire dans le respect du contradictoire, à prendre une décision, à motiver et expliquer une décision.

S'il serait fastidieux de reprendre l'ensemble des six autres pôles de formation¹⁵⁴⁷, il ressort de ces deux pôles que la théorie et la pratique sont intimement liées pour l'acquisition des fameuses capacités fondamentales que doit posséder un auditeur de justice à la fin de la période de formation initiale. Si les deux facettes de la formation sont liées, la phase pratique est néanmoins prépondérante¹⁵⁴⁸.

En effet, au total, les périodes de formation pratique correspondent à 74 semaines selon le séquençage contre 36 semaines seulement pour les périodes d'études théoriques. En plus, d'être une période prépondérante, le panel des stages obligatoires est extrêmement vaste. Il concerne des stages de 2 semaines dans des services d'enquêtes, 12 semaines dans un cabinet d'avocat,

¹⁵⁴⁵ Programme pédagogique de l'ENM, promotion 2020.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 30.

¹⁵⁴⁷ Programme pédagogique de l'ENM, promotion 2020, p. 27 à 41 (pour l'ensemble des huit pôles de formation).

¹⁵⁴⁸ « La formation est dispensée majoritairement durant des stages individuels auprès des juridictions, des barreaux, ou de cabinets d'avocats, de partenaires de l'institution judiciaire et des administrations, d'organismes publics ou privés extérieurs à celle-ci ou de juridictions et organisations étrangères ou internationales », Art. 74, règlement intérieur de l'ENM.

3 semaines au greffe, 13 semaines dans des juridictions civiles (dont 5 en chambre de proximité et 8 au siège civil du tribunal judiciaire), 19 semaines dans les juridictions pénales (dont 6 au parquet, 5 à l'instruction, 3 au siège pénal et 5 à l'application des peines) et enfin 5 semaines au juge des enfants. Il existe également un stage de 3 semaines PJJ, huissier ou SPIP¹⁵⁴⁹. Ces vastes stages tant par la durée que leur variété participe à l'ouverture de l'ENM sur ce qui entoure le futur magistrat tout comme la formation théorique est recentrée sur la profession de magistrat¹⁵⁵⁰.

Ce temps de formation pratique est important tant quantitativement que qualitativement démontrant que la critique originelle à l'encontre de l'école des magistrats n'est finalement pas si hors de propos. L'adage selon lequel la formation des magistrats doit se faire dans les tribunaux se vérifie ici puisque l'ensemble des stages forme un tout très important dans la formation initiale. Cependant, même si les stages ont une place déterminante, la période théorique n'est pas à négliger. La formation théorique sert de tremplin à un bon exercice pratique des stages. De plus, l'ensemble des stages notamment juridictionnels de 38 semaines sont effectués sous le contrôle des directeurs de centre de stage en relation avec l'école pour avoir une continuité dans la formation. La partie théorique se pose en garantie de la partie pratique.

L'ensemble de la formation fait également l'objet d'une méthodologie pédagogique spécifique à l'ENM. Le programme pédagogique de l'ENM fait étalage des méthodes utilisées à l'occasion des formations. Lors des périodes théoriques, les promotions sont morcelées en « direction d'étude », en petit groupe d'auditeur de justice¹⁵⁵¹. La pédagogie est également assurée via des simulations, des travaux en ateliers et des travaux écrits pour la partie théorique, mais aussi des travaux écrits et des audiences pour la partie pratique.

L'ensemble de la formation des auditeurs de justice est retranscrite à travers un livret pédagogique¹⁵⁵². Il contient l'ensemble des appréciations sur le degré d'acquisition des capacités fondamentales par tous les formateurs de l'auditeur de justice, soit en formation théorique (par la sous-direction des études de l'ENM) soit en stage (par le coordonnateur régional ou le DCS). Il est accessible à l'ensemble des formateurs de l'auditeur de justice. Il tient lieu et place d'un véritable suivi de l'auditeur de justice lors de sa formation initiale et

¹⁵⁴⁹ Programme pédagogique de l'ENM, promotion 2020, p. 24.

¹⁵⁵⁰ H. DALLE, « Le recrutement et la formation des magistrats : une question de légitimité », *RFAP*, n°57, janvier/mars 1991, p. 59 – 60.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

¹⁵⁵² Art. 85 à 90 du règlement intérieur de l'ENM.

devient un véritable « outil de formation »¹⁵⁵³. Il est accompagné de trois échanges avec les formateurs une fois au milieu de la période d'étude, à la fin de la période d'étude et au milieu du stage juridictionnel¹⁵⁵⁴. Il est précisé que ce livret ne renvoie pas à une évaluation ou à une note mais à favoriser la progression de l'auditeur de justice¹⁵⁵⁵.

L'ensemble de l'étude sur la formation initiale des auditeurs de justice révèle un aspect à la fois très clair mais également sous-jacent. L'aspect le plus clair et affiché par l'École est la volonté de former les magistrats. La partie théorique apprend aux auditeurs à être des magistrats et la partie pratique permet de mettre en pratique l'enseignement théorique. On apprend à être magistrat par l'étude, on le devient par les stages notamment juridictionnels. Cependant, le séquençage de la formation, les pôles de formation et la nécessité d'acquisition des treize capacités fondamentales tendent à rendre la formation uniforme. On forme l'ensemble des auditeurs d'une même promotion d'une même manière pour tendre à les faire devenir des magistrats aussi bons que possible, voire des magistrats parfaits selon les canons choisis par les organes de gouvernance de l'ENM et le directeur de l'ENM et mis en œuvre par l'ensemble des organes pédagogiques. De plus, les décisionnaires pédagogiques et les formateurs des auditeurs de justice sont en très grande majorité des magistrats. Magistrats qui eux-mêmes ont suivi une formation par l'ENM selon le même modèle.

Dès lors, l'école crée un nouveau mode de reproduction de la magistrature. Les magistrats des anciennes promotions forment les nouvelles promotions et ainsi de suite. On retrouve l'idée tout de même de reproduction par les magistrats comme sous la suppléance où le novice apprend de l'ancien mais la reproduction par l'ENM est libérée d'entraves et de contingences par le pouvoir politique et les familles de magistrats qui gouvernaient la magistrature et sa construction. Il peut apparaître alors le risque de la standardisation de la magistrature par un cadre extrêmement strict.

Une promotion de 343 auditeurs de justice comme celle de 2017 est ainsi formée, tous sur le même modèle. Ces 343 auditeurs seront tous formés vers un même standard de magistrat, comme attendu par les organes de formation de l'ENM. En poussant le raisonnement à l'absurde, en dispensant une formation aussi calibrée, la formation des 343 auditeurs revient à en former qu'un seul, le meilleur possible.

¹⁵⁵³ Art. 89, *ibid.*

¹⁵⁵⁴ Programme pédagogique de l'ENM, promotion 2017, p. 47.

¹⁵⁵⁵ Art. 86, *op. cit.*

Si la loi du 8 août 2016 tendait à diversifier le corps de la magistrature par un recrutement plus large, il est évident qu'une formation unique et linéaire ne doit que réuniformiser la magistrature. Aucun système de formation ne peut être parfait, le système actuel à au moins l'avantage certain de ne rien laisser au hasard des rencontres, des formateurs, des influences politiques ou familiales concernant la qualité des auditeurs de justice, de leur formation et in fine des magistrats qu'ils seront. L'ensemble de la pédagogie et des formateurs forment un tout extrêmement satisfaisant ne laissant que peu ou pas de place à l'approximation et l'improvisation dans la formation des auditeurs de justice.

L'ENM est également chargée de former les candidats à la magistrature recrutés via l'intégration directe. Ce mode de recrutement spécifique donne également lieu à une formation à l'ENM. Cependant, cette formation est bien loin de la sophistication de celle des auditeurs de justice. En effet, l'article 25-3 de l'ordonnance statutaire dispose qu'« une formation probatoire est organisée par l'École nationale de la magistrature comportant un stage en juridiction effectué selon les modalités prévues à l'article 19 »¹⁵⁵⁶. Ce stage probatoire est d'une durée de six mois avant l'affectation du magistrat. Cette différence de formation notable se justifie par la différence de la voie de recrutement car si le candidat est recruté par l'intégration directe, il est moins nécessaire de la former aussi longuement que les simples auditeurs de justice. Néanmoins, bien qu'il y ait une intégration directe, cela ne dispense aucunement d'une certaine dose de formation. De plus, la formation choisie est celle de la pratique et non de la théorie démontrant une nouvelle fois sa prépondérance.

Le rôle de l'ENM est en majeure partie celui de former les auditeurs de justice pour qu'ils deviennent les meilleurs magistrats possibles. Introduite par le décret de 1972¹⁵⁵⁷ sous l'appellation de formation « permanente »¹⁵⁵⁸, elle est rendue obligatoire par une loi organique de 2007¹⁵⁵⁹ à partir du 1^{er} janvier 2008. L'ENM est chargée d'assurer la formation des magistrats en exercice.

Ce concept de formation obligatoire inscrit à l'article 14 de l'ordonnance statutaire de 1958 dispose que « tout magistrat suit chaque année au moins cinq jours de formation »¹⁵⁶⁰ sous la

¹⁵⁵⁶ Art. 25-3, ord. stat., *op. cit.*

¹⁵⁵⁷ Art. 50 et s., décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁵⁵⁸ Syndicat de la magistrature, *La formation du magistrat*, II, Paris, 1968, p. 35.

¹⁵⁵⁹ Loi organique du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, JORF du 6 mars 2007, p. 4184.

¹⁵⁶⁰ Art. 50, décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

forme de « sessions, cycles, ateliers, stages, journées, rencontres, colloques ou toute autre forme qui apparaîtra adaptée »¹⁵⁶¹.

La liste des formations est arrêtée chaque année par le conseil d'administration de l'ENM sur proposition du directeur de l'Ecole ainsi que des formations déconcentrées¹⁵⁶². Les magistrats postulent en ligne aux formations proposées par l'Ecole et assurée par le corps enseignant qui reçoit confirmation de leur sélection après validation par arrêté du directeur de l'Ecole. L'Ecole veille scrupuleusement à la présence effective des magistrats inscrits aux différentes formations¹⁵⁶³.

Le programme de la formation continue est extrêmement varié tout en suivant deux axes ; soit des formations diplômantes dans une université soit des formations en relation avec les huit pôles précédemment étudiés. Par exemple, le catalogue de la formation continue pour l'année 2017 permet une rencontre avec des acteurs de l'enquête de police judiciaire, un stage collectif à la direction générale de la sécurité intérieure ou individuel à la brigade criminelle. Ces formations se font dans le cadre du pôle Justice pénale. D'autres formations existent pour les sept autres pôles.

L'idée sous-jacente de la formation continue est que la formation du magistrat n'est jamais réellement achevée, complète et parfaite. Si l'on peut considérer que l'auditeur de justice qui sort de l'ENM est un magistrat parfait, il est vital de continuer à le former pour qu'il puisse rester le plus parfait possible. La formation continue est une garantie de suivi du magistrat, de maintien à niveau de sa compétence. L'ENM est également chargée d'assurer la formation des magistrats en changement de fonction. L'article 14 de l'ordonnance statutaire prévoit que la formation obligatoire aux changements de fonctions doit se faire par un stage. La loi organique de 8 août a modifié cet article en permettant désormais que « les magistrats en stage de formation continue peuvent participer à l'activité juridictionnelle, sous la responsabilité des magistrats de la juridiction les accueillant, sans pouvoir toutefois recevoir délégation de signature »¹⁵⁶⁴. L'ajout de cette loi est que le magistrat pourra désormais accomplir des actes de nature juridictionnelle au cours de son stage de formation contrairement à l'ancienne rédaction¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶¹ Art. 125 du règlement intérieur de l'ENM.

¹⁵⁶² Art. 51, 51-1 et 51-2 du décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁵⁶³ Art. 129 à 136 du règlement intérieur de l'ENM ; Art. 51-1 du décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁵⁶⁴ Art. 14 de l'ordonnance statutaire modifié par l'art. 3 de la loi organique du 8 août 2016, *op. cit.*

¹⁵⁶⁵ Circulaire du 27 octobre 2016, *op. cit.*

II : Une formation uniquement probatoire

Malgré le degré de perfectionnement atteint par la formation initiale proposée par l'ENM aux auditeurs de justice, cette dernière ne peut être que probatoire. La participation des auditeurs à la formation initiale ne leur garantit absolument pas un accès de plein droit à la magistrature. Elle permet simplement de montrer qu'ils ont suivi la formation.

Ce caractère probatoire ressort très clairement par les examens d'aptitude et de classement qui précèdent la pratique avant la prise des fonctions des futurs magistrats. La réussite d'un concours sélectif ou le recrutement sur titre combiné à la formation ne suffit pas pour devenir magistrat. Il est nécessaire de vérifier à la fin de la période de formation les acquis des auditeurs de justice. Pour la compétence de l'auditeur à exercer les fonctions de magistrat, rien n'est présumé, tout doit être prouvé et vérifié.

Si le livret pédagogique ne sert qu'à assurer une continuité pédagogique entre les phases théoriques et pratiques, il existe néanmoins des épreuves de fin de formation pour s'assurer de l'acquisition des capacités fondamentales et de la compétence de l'auditeur de justice à exercer des fonctions de magistrats.

L'évaluation des auditeurs se décompose en deux étapes ; tant par des notes sur les études et les stages que par des épreuves qui engendrent un classement d'aptitude. Concernant les épreuves concernant la période de formation théorique, la notation se fait à travers trois épreuves¹⁵⁶⁶. Une épreuve écrite portant sur les techniques professionnelles des fonctions civiles, une sur les fonctions pénales et une autre sur les enseignements thématiques transversaux. Ces trois épreuves portent sur l'ensemble des huit pôles de formation. La première concerne exclusivement le pôle prise de décision et de formalisation de la Justice civile, la deuxième sur le pôle prise de décision et de formalisation de la Justice pénale et la troisième sur les six autres pôles. Ces trois épreuves sont toutes notées au coefficient un¹⁵⁶⁷.

Ces trois épreuves permettent d'évaluer l'acquisition ou non de plusieurs compétences fondamentales¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁶ Art. 91, règlement intérieur de l'ENM.

¹⁵⁶⁷ Art. 93, *ibid.*

¹⁵⁶⁸ « Capacité à identifier, s'appropriier et mettre en œuvre les règles déontologiques ; à analyser et synthétiser une situation ou un dossier ; à identifier, respecter et garantir un cadre procédural ; à prendre une décision, fondée en droit et en fait, inscrite dans son contexte, empreinte de bon sens, et exécutable ; à motiver, formaliser et expliquer une décision ; à prendre en compte l'environnement institutionnel nation et international » Programme pédagogique de l'ENM, promotion 2020, p. 4.

Concernant les épreuves pratiques, à la fin du stage juridictionnel, l'auditeur est soumis à trois épreuves orales¹⁵⁶⁹. L'évaluation est menée par le coordonnateur régional de formation ou un magistrat adjoint désigné après avis des chefs de cour par le directeur de l'Ecole. L'évaluateur recueille l'avis du maître de stage et peut entendre l'auditeur¹⁵⁷⁰. L'évaluation de l'auditeur se fait à travers ces trois épreuves orales mais également sur le rapport du directeur de centre de stage (DCS)¹⁵⁷¹. Ces épreuves sont également notées coefficient un.

À la fin de la période de formation, l'auditeur de justice est soumis à l'examen d'aptitude et de classement. L'article 21 de l'ordonnance statutaire dispose qu'« un jury procède au classement des auditeurs de justice qu'il juge aptes, à la sortie de l'école, à exercer les fonctions judiciaires »¹⁵⁷². Ce jury est composé d'un magistrat hors hiérarchie de la Cour de cassation en tant que président, d'un directeur, chef de service ou sous-directeur au ministère de la Justice ou un membre de l'inspection générale des services judiciaires en tant que vice-président, un maître des requêtes du Conseil d'Etat, trois magistrats de l'ordre judiciaire, deux professeurs des universités en droit et d'un avocat. Les membres de ce jury sont nommés par le garde des sceaux sur proposition du conseil d'administration¹⁵⁷³.

Les épreuves d'aptitude et de classement sont à la fois composées de deux épreuves écrites et d'une épreuve orale¹⁵⁷⁴. Son organisation est prévue par le règlement intérieur de l'ENM¹⁵⁷⁵

L'ensemble des épreuves subi par l'auditeur forme un tout donnant le classement final des auditeurs de justice attribuant coefficient 3 aux épreuves théoriques, coefficient 3 pour les épreuves pratiques. Une prépondérance est donnée aux épreuves de classement avec un coefficient 6¹⁵⁷⁶ dont la seule épreuve d'entretien avec le jury vaut à elle seule autant que les trois épreuves théoriques. L'ensemble des notes permet d'établir un classement au mérite des auditeurs de justice. En cas d'égalité entre deux auditeurs de justice au classement, la note

¹⁵⁶⁹ Elles sont en situation réelle sur le lieu du stage par la présidence d'une audience correctionnelle, des réquisitions orales devant le tribunal correctionnel et la tenue d'une audience civile de cabinet, Art. 94, règlement intérieur de l'ENM.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*

¹⁵⁷¹ Art. 97, *ibid.*

¹⁵⁷² Art.21, ord. stat., *op. cit.*

¹⁵⁷³ Art. 45, décret du 4 mai 1972, *op. cit.*

¹⁵⁷⁴ « L'épreuve d'aptitude est composée de la rédaction en six heures d'une décision de droit civil, la rédaction en six heures d'un réquisitoire définitif, un test de langue étrangère et d'un entretien de quarante minutes avec le jury comprenant un exposé sur le rôle, le statut, la place du magistrat, une analyse de déontologie, une conversation sur l'expérience acquise par l'auditeur pendant sa formation », Art. 47, *ibid.*

¹⁵⁷⁵ Art. 99 à 113, règlement intérieur de l'ENM.

¹⁵⁷⁶ Art. 46, *op. cit.*

obtenue aux stages est prépondérante, si l'égalité subsiste, la note des épreuves théoriques les départagera¹⁵⁷⁷.

De par ces épreuves et les résultats qui en découlent, le jury dispose d'un pouvoir immense, celui de faire un dernier tri. En effet, lors des résultats devant théoriquement déclarer l'aptitude des auditeurs de justice à exercer des fonctions de magistrats, le jury peut moduler l'effet de ces résultats de différentes manières. L'article 21 de l'ordonnance statutaire dispose que la déclaration d'aptitude soit assortie de recommandations fonctionnelles ou de réserves fonctionnelles (limitation des fonctions pouvant être exercées par l'auditeur de justice) ou le renouvellement d'année d'études pouvant aller jusqu'à une déclaration d'inaptitude¹⁵⁷⁸. Le rôle de modulation du jury est déterminant à travers la philosophie même de l'Ecole. Le principe étant que la formation initiale prodiguée à l'ENM ne peut être que probatoire, le rôle du jury à ce stade de la formation donne le plein effet à ce caractère si particulier.

Cette sélection sert d'ultime garde-fou avant la prise de fonction et une perte de contrôle sur les auditeurs de justice puisqu'ils deviendront magistrats.

Le succès aux épreuves de sorties de l'ENM permettent d'accéder à huit postes de magistrats différents¹⁵⁷⁹ qui sont ceux : de juge de grande instance, d'instance, d'instruction, des enfants, d'application des peines, juge placé auprès du premier président, substitut du procureur de la République ou placé auprès du procureur général¹⁵⁸⁰. Dès lors, le jury peut décider de l'aptitude à tous les postes de l'auditeur, d'une prédisposition particulière à l'un de ces huit postes mais surtout peut empêcher l'auditeur d'exercer un ou plusieurs postes. Le jury peut également estimer que l'auditeur n'est pas assez bon pour exercer l'un des postes et propose un redoublement du stage fonctionnel mais surtout il peut estimer que l'auditeur n'est pas assez bon et ne le sera jamais.

En pratique, entre 1997 et 2007 sur 2618 auditeurs de justice, 1,75% d'entre eux ont subi un redoublement soit 46 auditeurs, 0,45 % d'une exclusion soit 12 auditeurs et 1,64 % de recommandations restrictives soit 43 auditeurs. Ces statistiques démontrent également que les auditeurs les plus touchés par ces mesures sont les auditeurs issus du troisième concours et les

¹⁵⁷⁷ Art. 48, *op. cit.*

¹⁵⁷⁸ Art. 21, *op. cit.*

¹⁵⁷⁹ Juge de grande instance, d'instance, d'instruction, des enfants, d'application des peines, juge placé auprès du premier président, substitut du procureur de la République ou placé auprès du procureur général, in P. ASTRUC, *Devenir magistrat, op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁸⁰ P. ASTRUC, *Devenir magistrat, op. cit.*, p. 69.

moins touchés ceux du premier concours¹⁵⁸¹ ce qui confirme que le premier concours est vraiment la voie royale d'accès à la magistrature. Si ces mesures ayant valeur de sanction sont rares, cela réaffirme à la fois la remarquable qualité de formation de l'ENM et le rôle nécessaire de ce dernier filtre concernant les 101 auditeurs de justice qui n'avait pas le niveau requis pour exercer de manière pleine et entière des fonctions de magistrats.

Pour les auditeurs qui ont réussi ces épreuves et se retrouvent classés intervient une étape importante de la formation initiale celle du choix du poste et de la formation spécifique à ce poste. Les auditeurs sont invités à choisir leurs premiers postes par ordre de classement, sur une liste établie par le ministère de la Justice¹⁵⁸².

Une fois le poste choisi, une préparation théorique aux premières fonctions de quatre semaines et un stage de préparation aux premières fonctions de douze semaines interviennent pour former de manière effective l'auditeur de justice à sa prise de fonction. Cette formation intégrée à l'initiale permet de rendre opérationnel l'auditeur de justice à une fonction nouvelle. L'adaptation se fait pendant l'École et non plus lors du premier poste à l'instar de la suppléance. L'auditeur de justice sortant de l'École est un magistrat à part entière et non pas en devenir.

La mécanique de haute précision assurée par le recrutement et la formation pour s'assurer d'avoir finalement le magistrat le plus compétent est un tour de force majeur après un siècle et demi où l'influence était au cœur de ces étapes fondamentales. La magistrature n'est plus choisie directement par le pouvoir, ces deux phases lui indiquent de manière claire ceux qui doivent être choisis. Ce premier lien rompu entre la magistrature et le pouvoir permet d'envisager l'étape logique suivante sur la gestion du corps de la magistrature. L'ENM a disposé progressivement d'une place de choix au cœur de la magistrature, elle a pris « une dimension remarquable »¹⁵⁸³ et est devenue essentielle. Classiquement, le pouvoir politique agissait sur le corps par la nomination au sens large et la discipline des magistrats. Pour poursuivre le mouvement d'indépendance, il est essentiel de réduire le rôle du pouvoir politique sur ces dernières. Ce sera le rôle que va endosser le CSM, celui de l'entité incontournable de la magistrature.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 103 – 105.

¹⁵⁸² *Ibid.*, p. 106.

¹⁵⁸³ C. HANOTEAU, « L'École nationale de la magistrature : sa place dans le monde judiciaire », in J-P. ROYER (dir.), *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 118.

Section 2 : Le CSM, organe pivot de la magistrature

Le CSM, innovation pour l'indépendance manquant son but lors de sa conception en 1883, va connaître une révolution. D'organe entravé par le pouvoir politique dans l'exercice de sa mission, il va connaître une évolution majeure. Tant sur son organisation (Paragraphe 1) que sur ses missions (Paragraphe 2), il va prendre une place centrale au sein de la magistrature ; jusqu'à devenir l'organe incontournable d'un corps s'affirmant.

Paragraphe 1 : La profonde transformation du CSM

Conçu originellement par la Cour de cassation toutes chambres réunies, le Conseil supérieur de la magistrature va continuellement évoluer dans sa composition. Il sera le terrain propice à un rapport de force entre le pouvoir politique et la magistrature (I). Ce CSM rénové dans sa composition devra assumer un rôle enfin clairement énoncé, celui de l'indépendance de la magistrature (II).

I : Une évolution de la composition du CSM symbolique du rapport pouvoir politique / magistrature

L'indépendance est un rapport de force entre la magistrature et le pouvoir politique. La question de la composition du CSM en est une parfaite illustration. Elle est le théâtre d'une bataille pour la répartition des sièges au Conseil pour savoir qui entre le pouvoir politique ou la magistrature aura une majorité et donc le contrôle du CSM. Pouvant sembler anecdotique, cette répartition est cruciale et révélatrice d'un combat débuté à la fin du XVIII^{ème} siècle et largement remporté par le pouvoir politique jusqu'au XX^{ème} siècle. Le CSM est le second combat où la magistrature se retrouve à nouveau en position d'exister face au pouvoir politique, renforcée par un recrutement et une formation objective et scientifique.

La question de la composition du CSM est cruciale dès 1946 et est au cœur de toutes les réformes successives.

À l'origine, la question de la composition ne se posait pas et semblait être une avancée majeure. Le CSM de 1883 était certes constitué uniquement de magistrats mais le garde des sceaux avait la capacité de neutraliser son action. Son effet était bloqué ou potentiellement blocable par le pouvoir politique. La question de sa composition était donc sans objet.

Il était alors essentiel de remodeler le CSM pour qu'il puisse avoir un réel effet. En réaction au régime de Vichy, une réforme du CSM est envisagée. Au-delà du seul CSM, c'est la conception même de la magistrature dont il est question. La volonté était de sortir les magistrats de l'emprise du pouvoir politique¹⁵⁸⁴. Cette volonté parfois affirmée parfois refusée se retrouve en discussion pour le CSM. Pour Monsieur Alain Bancaud, la réforme du CSM apparaît comme la « normalisation d'une innovation »¹⁵⁸⁵. L'intégration d'un tel conseil est un bouleversement tant pour la magistrature que pour le pouvoir politique. Il est dès lors soumis à de lourdes contraintes. Il doit garantir l'indépendance à l'égard d'un garde des sceaux marginalisé sans tomber dans le corporatisme¹⁵⁸⁶. Le CSM est une menace pour l'ordre établi aspirant à l'indépendance créant de facto des oppositions avec les politiques, les institutions administratives craignant un affaiblissement de leur pouvoir¹⁵⁸⁷.

De ces tensions, il en ressort donc un Conseil dont la composition est éloquente sur le rapport entre pouvoir politique et la magistrature. Elle en est la partie visible.

La Constitution de 1946 prévoyait ainsi que le CSM était composé de 14 membres ; le Président de la République, président du CSM ; du garde des sceaux, vice-président, six membres élus par l'Assemblée nationale, quatre magistrats élus et de deux membres issus d'une profession judiciaire désignés par le Président¹⁵⁸⁸. D'emblée, le pouvoir politique domine le conseil quantitativement avec seulement quatre magistrats contre huit membres du pouvoir politique ou en émanant. De plus, le Président de la République et le garde des sceaux dirigent ce conseil. Néanmoins, il existe un effort de représentativité par le prisme de l'élection.

La Constitution de 1958 transforme en profondeur la composition du CSM. Ils n'y a plus de membres élus mais simplement des membres désignés. Six magistrats¹⁵⁸⁹ sur proposition de la Cour de cassation, un conseiller d'État proposé sur une liste de trois noms établie par le Conseil d'État et de deux personnes qualifiées¹⁵⁹⁰, neuf membres tous désignés par le Président de la République¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁴ G. MASSON, *Les juges et le pouvoir*, Paris, A. Moreau, Syros, 1977, p. 245.

¹⁵⁸⁵ A. BANCAUD, « Normalisation d'une innovation : le Conseil supérieur de la magistrature sous la IV^e République », *Droit et société*, 2006/2 (n°63-64), p. 371 – 391.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 373.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 390.

¹⁵⁸⁸ Art. 83, Constitution de la IV^e République du 27 octobre 1946.

¹⁵⁸⁹ Trois membres de la Cour de cassation dont un avocat général et trois magistrats du siège des cours et tribunaux.

¹⁵⁹⁰ Art. 1, Ordonnance n°58-1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11556.

¹⁵⁹¹ Art. 65, Constitution de la V^e République du 4 octobre 1958 dans sa rédaction d'origine.

Il apparaît une continuité du contrôle du CSM par le pouvoir politique en s'arrogeant la faculté de choisir directement ou indirectement les membres. Ce changement est la résultante d'une opposition et d'une hostilité latente à l'encontre du Conseil et de ses prérogatives par les gardes des sceaux successifs¹⁵⁹². Dès lors, une réforme des conditions de nomination semble nécessaire. Quand bien même le nombre de magistrat et leur proportion au sein du CSM a nettement progressé avec la Vème République, le passage de l'élection à la nomination des magistrats par le pouvoir politique pose nécessairement problème¹⁵⁹³. Cette mainmise du CSM, par le biais de la nomination contrôlée des membres, par le pouvoir politique le rend vulnérable à la critique¹⁵⁹⁴. La vulnérabilité du CSM entraîne la vulnérabilité de la magistrature dans son ensemble.

Promesse des Présidents Giscard-d'Estaing et Mitterrand et faisant suite à divers projets¹⁵⁹⁵, la composition du CSM s'en trouve totalement transformée qu'en 1993. Tout d'abord et de manière pragmatique, il n'y a plus un seul CSM mais trois. La loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 modifie l'article 65 de la Constitution de 1958 précisant que « le Conseil supérieur de la magistrature comprend deux formations, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre à l'égard des magistrats du parquet »¹⁵⁹⁶ ainsi qu'une formation plénière. Ces deux nouvelles formations sont toujours composées du Président de la République et du garde des sceaux mais les magistrats sont à nouveau élus. La formation siège est composée de six magistrats dont cinq du siège et un du parquet¹⁵⁹⁷. La formation parquet est composée du même nombre de magistrat mais la répartition y est inversée¹⁵⁹⁸. Les magistrats sont élus par les

¹⁵⁹¹ Art. 65, *ibid.*

¹⁵⁹² M. LE POGAM, *op. cit.*

¹⁵⁹³ Le procureur général près la Cour de cassation BESSON soutenait au contraire que ceci n'en soulevait aucun au contraire, In. A. BESSON, « Le Conseil supérieur de la Magistrature », *Chroniques, D.*, 1960, p. 5.

¹⁵⁹⁴ J. CHAZAL, *Les magistrats*, Paris, Grasset, 1978, p. 49.

¹⁵⁹⁵ C. BIGAUT, J-P. LAY, « La réforme du Conseil supérieur de la magistrature », *D.*, 1993, p. 275.

¹⁵⁹⁶ Art. 1^{er}, L.const. du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, C et XVI, JORF du 28 juillet 1993, p. 10600.

¹⁵⁹⁷ « Les magistrats membres de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège sont désignés dans les conditions suivantes :

1° Un magistrat du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation élu par l'assemblée des magistrats du siège hors hiérarchie de ladite cour ; 2° Un premier président de cour d'appel élu par l'assemblée des premiers présidents de cour d'appel ; 3° Un président de tribunal de grande instance élu par l'assemblée des présidents de tribunal de grande instance, de première instance ou de tribunal supérieur d'appel ; 4° Deux magistrats du siège et un magistrat du parquet des cours et tribunaux, élus dans les conditions fixées à l'article 4 » ; Art. 1^{er}, loi organique du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 8 février 1994, p. 2146.

¹⁵⁹⁸ Les magistrats membres de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet sont désignés dans les conditions suivantes :

1° Un magistrat du parquet hors hiérarchie à la Cour de cassation élu par l'assemblée des magistrats du parquet hors hiérarchie de ladite cour ; 2° Un procureur général près une cour d'appel élu par l'assemblée des procureurs généraux près les cours d'appel 3° Un procureur de la République près un tribunal de grande instance élu par l'assemblée des procureurs de la République ; 4° Deux magistrats du parquet et un magistrat du siège des cours et

magistrats des juridictions qu'ils représentent¹⁵⁹⁹. Le reste des membres communs aux deux formations sont désignés par le pouvoir politique¹⁶⁰⁰. Au total, les deux formations CSM comportent donc 12 membres dont 6 sont des magistrats de l'ordre judiciaire. La réforme de 1993 a permis un rééquilibrage des forces au sein du CSM et la réintroduction de l'élection des magistrats en son sein.

De plus, le CSM possède un secrétariat général chargé d'assurer le fonctionnement administratif et matériel¹⁶⁰¹. Ce secrétaire général est nommé par le Président de la République sur proposition du premier président et du procureur général près la Cour de cassation¹⁶⁰².

La dernière réforme en date sur la composition du CSM est intervenue en 2008 inspirée par le rapport du comité Balladur¹⁶⁰³ par l'élargissement conséquent des membres des deux formations mettant en minorité les magistrats. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 modifia l'article 65 de la Constitution en remaniant la composition des formations siège et parquet du CSM¹⁶⁰⁴ et complétée par la loi organique du 22 juillet 2010¹⁶⁰⁵. Les membres du CSM, qu'ils soient magistrats élus ou personnalités désignés, sont nommés pour une mandature de quatre ans maximum¹⁶⁰⁶. Enfin, la réforme met un terme à la présidence et vice-présidence du pouvoir politique. Dorénavant, le premier président et le procureur général près la Cour de cassation président le CSM.

tribunaux élus dans les conditions fixées à l'article 4. ; Art.2, loi organique du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 8 février 1994, p. 2146.

¹⁵⁹⁹ Art. 2, LO du 5 février 1994, *Op. Cit.* ; Une réforme de 2001 a modifié le mode d'élection des magistrats, Loi organique du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 26 juin 2001, p. 10119.

¹⁶⁰⁰ « Un conseiller d'Etat, désigné par le Conseil d'Etat, et trois personnalités n'appartenant ni au Parlement ni à l'ordre judiciaire, désignées respectivement par le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat » ; Art. 1^{er}, L. const. du 27 juillet 1993, *op. cit.*

¹⁶⁰¹ Art. 33, Décret no 94-199 du 9 mars 1994 relatif au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°58 du 10 mars 1994, p. 3779.

¹⁶⁰² Art. 32, *ibid.*

¹⁶⁰³ E. BALLADUR, Rapport du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, La documentation française, Fayard, 2007, 181 p.

¹⁶⁰⁴ « La formation compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet, un conseiller d'Etat désigné par le Conseil d'Etat, un avocat ainsi que six personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif. Le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat désignent chacun deux personnalités qualifiées. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable aux nominations des personnalités qualifiées. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée du Parlement sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée intéressée », Art. 31, L. const. du 23 juillet 2008, JORF du 24 juillet 2008, p. 11890.

¹⁶⁰⁵ L. org. du 22 juillet 2010, JORF du 23 juillet 2010, p. 13562.

¹⁶⁰⁶ Art. 6, L. org. du 5 février 1994, *op. cit.*

Elle intégrera à l'article 13 de la Constitution un mécanisme particulier selon lequel les commissions parlementaires, sous conditions, peuvent empêcher la nomination d'un magistrat¹⁶⁰⁷. Il permet un contrôle de la nomination différent de celui du CSM, comme un autre contre-pouvoir.

Cette ultime réforme sur la composition connaît un double effet ; à la fois un élargissement important du nombre de ses membres et la mise en minorité des magistrats au sein de ces formations. La formation compétente pour le siège pour les nominations comprend six magistrats et huit personnalités extérieures à la magistrature judiciaire. Cette mise en minorité entraîna des débats sur sa justification, oscillant entre une volonté d'ouverture¹⁶⁰⁸ de la magistrature pour éviter tous soupçons sur les décisions prises par le CSM pour ceux qui y sont favorables et une défiance à peine voilée à l'encontre des magistrats par le pouvoir politique qui ne souhaite pas voir un organe décisionnel de la magistrature uniquement au main des dits magistrats pour ceux qui y sont opposés¹⁶⁰⁹. Cette mise en minorité ne revêt pas de conséquence particulière en pratique sur le fonctionnement de la formation du CSM et que les rapports entre magistrats et personnes extérieures cette mise en minorité infime ne produit pas de conséquence pouvant faire craindre une défiance avérée à l'encontre des magistrats¹⁶¹⁰. La nouvelle composition du CSM en formation nomination pour le siège est un « déséquilibre savant »¹⁶¹¹. Néanmoins, il est clair que le CSM s'émancipe du pouvoir politique à travers la réforme de 2008 concernant les membres du CSM malgré la mise en minorité. L'influence directe du pouvoir politique est moins prégnante.

De plus, afin de gagner en autonomie, une loi de 2010 accorde au CSM son indépendance budgétaire¹⁶¹² n'étant alors plus lié au choix du pouvoir politique sur cette question. Toujours

¹⁶⁰⁷ « Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés. », Art. 5, loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, *op. cit.*

¹⁶⁰⁸ M. LE POGAM, « Réforme du Conseil supérieur de la magistrature entre ouverture et autonomie », *JCP G.*, n° 40, 4 Octobre 2010, doct. 982.

¹⁶⁰⁹ M. LE POGAM, *op. cit.*, p. 69.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 70.

¹⁶¹¹ « Le choix d'assurer une majorité aux non-magistrats au CSM, et l'importance parmi ceux-ci des personnalités désignées par des autorités politiques, ont suscité des interrogations, voire des inquiétudes », D. LUDET, « Conseil supérieur de la magistrature : une liberté surveillée ? », *LPA*, n°254, p. 111.

¹⁶¹² « L'autonomie budgétaire du Conseil supérieur est assurée dans les conditions déterminées par une loi de finances » Art. 9, L. org. n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, JORF n°0168 du 23 juillet 2010, p. 13562.

dans cette optique de gagner en confiance vis-à-vis des citoyens, les membres du CSM sont soumis à la déclaration de leur situation patrimoniale à transmettre à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique à l'instar des politiques¹⁶¹³.

Ces changements incessants montrent les tensions latentes entre magistrature et pouvoir politique à propos de la magistrature et s'exprimant à l'aune du CSM. Quand bien même cette (re)mise en minorité réinstaurée après son abandon en 1993 n'emporte pas de conséquence majeure menaçant le CSM ou la magistrature, elle est révélatrice d'un jeu de pouvoir et d'influence entre le pouvoir et la magistrature. Il est d'autant plus surprenant que ce jeu se passe au CSM si l'on s'en tient à son rôle. Le CSM est un organe tiraillé de l'intérieur entre les magistrats qui veulent du pouvoir sur leur corps et le pouvoir politique qui se résigne difficilement à le perdre. La composition du CSM révélatrice d'une histoire compliquée doit assurer l'indépendance de la magistrature vis-à-vis du pouvoir politique.

II : Le rôle du CSM comme expression de la contradiction entre indépendance et nomination

Le CSM, porteur en son sein de l'opposition magistrature et pouvoir politique, composé de magistrats et de personnalités nommées par le pouvoir politique se voit confier dès 1946 un rôle majeur et ce de manière explicite, celui de garantir l'indépendance des magistrats.

La Constitution de 1946 prévoit que « le Conseil supérieur de la magistrature assure, conformément à la loi, la discipline de ces magistrats, leur indépendance et l'administration des tribunaux judiciaires »¹⁶¹⁴.

Partant du rôle confié par la IV^{ème} République, la tâche confiée au CSM est aussi magnifique qu'elle était à peine envisageable il y a 50 ans et inimaginable 150 ans en arrière. Synthétiquement, la magistrature, par le biais du CSM, doit garantir sa propre indépendance. Organe agissant pour et par les magistrats, il lui incombe de maintenir une indépendance balbutiante de la magistrature en 1946 et encore uniquement théorique en 1883 quand le CSM fut créé. Au-delà d'être un organe agissant effectivement pour l'indépendance par l'exercice de missions particulières à la place ou avec le pouvoir politique qui n'est plus seul décisionnaire, il doit endosser le rôle de symbole, d'incarnation de l'indépendance.

¹⁶¹³ Décret n° 2017-465 du 31 mars 2017 relatif aux déclarations de situation patrimoniale des membres du Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°0079 du 2 avril 2017, texte n° 17.

¹⁶¹⁴ Art. 84, Constitution de la IV^{ème} République du 27 octobre 1946.

Le CSM de 1946 se voit donc attribuer une mission très claire ; garantir l'indépendance. Cependant, mettre en parallèle la mission avec la composition du CSM met tout en perspective. Un conseil composé de seulement 4 magistrats et présidé par le pouvoir politique est justement chargé de garantir l'indépendance sans autre précision. Nul doute que l'indépendance mentionnée est celle par rapport au pouvoir politique. On ressent dès lors toute l'ambiguïté du CSM dans l'accomplissement dans sa tâche. Cette ambiguïté est renforcée par la Vème République.

La définition de la mission du CSM sous la Constitution de 1958 est nettement moins claire. Tandis que l'indépendance semblait être une mission dévolue exclusivement au CSM en ajout à la discipline qu'il assure depuis 1883, elle rebat les cartes pour l'indépendance. Dorénavant, c'est le Président de la République qui est le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le CSM¹⁶¹⁵.

Même avec un CSM remanié et faisant la part belle à la magistrature avec la présidence, il est malgré tout déclassé dans sa fonction. La garantie de l'indépendance n'est plus le rôle propre du CSM, il ne dispose plus que d'une simple fonction d'assistance. Un conseil composé de magistrat assiste le pouvoir politique dans la nécessité de garantir l'indépendance.

In fine, le pouvoir politique est le garant de l'indépendance de la magistrature du pouvoir politique. Par cette seule phrase résumant le rôle tel que confié au CSM, on aperçoit toute la difficulté d'assurer l'indépendance sur ce modèle hérité de Napoléon, d'une magistrature nommée par ledit pouvoir. Après avoir été l'acteur principal de la dépendance pendant un siècle et demi, le pouvoir politique devient garant de l'indépendance.

Tout comme sa composition, le rôle du CSM est porteur du paradoxe de la nomination par le pouvoir et de ses conséquences. Il est pour le moins paradoxal de confier au pouvoir politique la tâche de garantir une indépendance qui le concerne au premier chef. Tous les efforts consentis à pérenniser la place des magistrats au sein du CSM sont vains car ils n'ont plus la main sur l'indépendance. Ils aident seulement. L'évolution du périmètre du CSM et son rôle est révélateur de l'ambivalence de la magistrature. La garantie totale de l'indépendance peut être approchée au plus près sans jamais pouvoir l'atteindre.

De plus, l'indépendance devant être garantie par le CSM et le pouvoir politique ne semble concerner toujours qu'une fraction de la magistrature. De manière identique, les Constitutions

¹⁶¹⁵ Art. 64, Constitution de la Vème République du 4 octobre 1958.

de 1946 et 1958 consacrent que « les magistrats du siège sont inamovibles »¹⁶¹⁶ excluant alors de facto les magistrats du parquet toujours amovibles. Garantie d'indépendance de première génération, le parquet n'a pas vocation alors à l'être. Cependant, puisque le CSM dispose désormais d'une formation pour le parquet, il est évident qu'il est compétent aussi pour les magistrats amovibles.

À la lumière de ces éléments, le CSM est le révélateur du paradoxe contenu dans la recherche d'une indépendance nécessaire au cœur d'un système où le pouvoir politique nomme les magistrats. Il est le symbole d'une émancipation de la magistrature toujours sous la coupe du pouvoir politique. Ce conseil est l'aboutissement des mécanismes de seconde génération d'indépendance, au plus loin où ils le pouvaient. Le CSM est un organe constitutionnel où siège côte à côte pouvoir politique et magistrature. Il est chargé d'assurer l'indépendance l'un de l'autre. C'est la meilleure expression possible du paradoxe. Le CSM est la solution la plus aboutie pour répondre à un problème insoluble en l'état.

Le CSM est absolument nécessaire de manière pragmatique, son action est bénéfique pour l'indépendance de la magistrature en s'intégrant dans des zones étrangères pour le magistrat jusqu'ici à la place du pouvoir politique. Son rôle est aussi vital qu'il est inutile et sans objet d'un point de vue théorique. Confier au pouvoir politique la tâche d'assurer l'indépendance de magistrat qu'il nomme n'a aucun sens. Aussi fort et performant qu'il puisse être, le CSM sera toujours limité dans son action et n'atteindra jamais son but. Dans ces conditions, le CSM agit pour l'indépendance sans jamais pouvoir l'atteindre pour permettre au pouvoir politique de garantir l'indépendance. C'est avec cette double ambiguïté que le CSM doit composer pour jouer son rôle. Sa naissance est due justement à cette inadéquation entre indépendance et nomination nécessitant un organe régulateur.

Malgré cet environnement paradoxal et ambiguë, le CSM va assurer ses missions ; par l'approfondissement de ses compétences en matière de discipline et l'octroi de compétences en matière de nomination. Autrefois dévolu au seul pouvoir politique ou parasité par lui, le CSM va obtenir un poids important dans la discipline et la nomination des magistrats, deux fonctions majeures pour le corps de la magistrature car régulant l'entrée et la sortie du corps. Dans les missions confiées au CSM pour assurer l'indépendance des magistrats, il ne sera question que des compétences du CSM pour les magistrats du siège, seuls inamovibles. La question de

¹⁶¹⁶ Art. 84, Constitution de la IV^{ème} République ; Art. 64, Constitution de la V^{ème} République.

l'indépendance du parquet fera l'objet d'un développement spécifique car théoriquement n'ayant pas l'inamovibilité, ils ne sont pas indépendants. Nous traiterons donc des magistrats du siège dont la question de l'indépendance n'aurait jamais dû se poser.

Paragraphe 2 : Un accroissement majeur des missions du CSM par la marginalisation du pouvoir politique

Le CSM est revitalisé et placé au cœur de la magistrature car il dispose d'une mission fondamentale. Il doit garantir l'indépendance de la magistrature. Pour ce faire, il se voit attribuer de larges prérogatives en matière de nomination des magistrats (I) et voit ses pouvoirs renforcés en matière disciplinaire (II).

I : Des pouvoirs nouveaux en matière de nomination

Le CSM va se voir confier une mission jusqu'ici inconcevable. Il sera chargé de se prononcer sur la nomination des magistrats. Cette mission est une nouveauté sans précédent où le pouvoir politique gardait cette faculté pour lui seul sans s'entraver d'une entité contrôlant ses choix voir même les dictant. In fine, c'est la plus grande entaille de la magistrature au sein du pouvoir politique sur le fondement même du lien de dépendance. Ainsi, c'est le CSM renoué dans sa composition et son rôle qui s'immisce dans la nomination des magistrats au détriment du pouvoir politique.

La Constitution du 27 octobre 1946 prévoit un titre IX « du Conseil supérieur de la magistrature » disposant en son article 84 que « le Président de la République nomme, sur présentation du Conseil supérieur de la magistrature, les magistrats, à l'exception de ceux du parquet ».

L'article 65 de la Constitution de 1958¹⁶¹⁷ étaye un peu plus la nomination des magistrats du siège en prévoyant que « Le Conseil supérieur de la magistrature 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 ».

¹⁶¹⁷ Dans sa version initiale.

Depuis la révision constitutionnelle de 1993 et la création des formations spécifiques¹⁶¹⁸, la formation siège est donc logiquement compétente pour la nomination des magistrats du siège.

Prenant le contre-pied total de l'arbitraire des recommandations et de l'influence, il existe désormais une procédure transparente à l'extrême, translucide. À l'égard des magistrats du siège, il existe deux possibilités pour la nomination ; soit sur proposition du garde des sceaux ou sur proposition du CSM lui-même. Ainsi, le CSM-siège dispose d'un rôle passif de contrôle de la nomination et d'un rôle actif de proposition des magistrats.

La capacité de nomination du CSM sur proposition du garde des sceaux et par sa propre initiative a connu une évolution délicate jusqu'à retrouver une certaine stabilité. D'abord pleine et entière sous l'empire de la Constitution de 1946¹⁶¹⁹, elle connaîtra un net reflux en 1958¹⁶²⁰. Le CSM retrouvera un rôle déterminant par la réforme de 1993 par un pouvoir de proposition plus vaste et d'avoir un avis conforme sur les nominations soumises par le garde des sceaux¹⁶²¹. La réforme de 2008 ne change en rien la rédaction de l'article 65 de la Constitution et la compétence de la formation CSM-siège en matière de nomination. Les nominations sur propositions du garde des sceaux ou sur propre initiative sont clairement établies et distinguées.

Cependant, la réforme de 2008 apporte une innovation majeure bouleversant le mode de fonctionnement du CSM. Un décret de 2010 prenant acte de la suppression de la présidence du CSM par le Président de la République disposera que « l'ordre du jour des séances est arrêté par le président de chaque formation et communiqué au ministre de la Justice »¹⁶²². Dès lors, le CSM devient « maître du calendrier de ses séances bouleversant les rapports de force

¹⁶¹⁸ Art.1, L. const. du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, C et XVI, JORF du 28 juillet 1993, p. 10600 et s.

¹⁶¹⁹ Art. 84, Constitution de la IV^{ème} République de 1946, « Le président de la République nomme, sur présentation du Conseil supérieur de la magistrature, les magistrats ».

¹⁶²⁰ « Le Conseil supérieur de la magistrature fait des propositions pour les nominations des 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 une loi organique sur les propositions du ministre de la justice relatives aux nominations des autres magistrats du siège », Art. 65, Constitution de la V^{ème} République, 1958. Le CSM perd une grande partie de sa capacité d'initiative de nomination et se voit octroyer un simple avis pour le reste des magistrats du sièges ce qui démontre une baisse considérable de son rôle.

¹⁶²¹ « La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance. Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme », Art. 65 modifié par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, JORF du 28 juillet 1993, p. 10600.

¹⁶²² Art. 5, décret du 23 décembre 2010 modifiant le décret du 9 mars 1994 relatif au Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 28 décembre 2010, p. 22806. Cet article est venu modifier l'article 35 du décret du 9 mars 1994 qui prévoyait avant cette modification que « l'ordre du jour des séances est arrêté par le Président de la République, sur avis du ministre de la justice ».

décisionnels»¹⁶²³. Ce n'est plus le pouvoir politique qui dicte le tempo des nominations mais bien le CSM.

Le rôle du CSM est de se prononcer sur les nominations des magistrats. Il doit faire un choix entre les magistrats pour être le plus en adéquation avec le poste ouvert à nomination. Pour ce faire, il est nécessaire que le CSM puisse apprécier les magistrats entre eux. La connaissance des magistrats, de leurs carrières, de leurs fonctions, de leurs mérites est essentielle à la bonne marche de la mission du CSM pour avoir un avis le plus éclairé possible. Cette connaissance est rendue possible par l'évaluation professionnelle des magistrats¹⁶²⁴. Effectuée par les chefs de Cours ou une autorité supérieure dans certains cas spécifiques¹⁶²⁵, cette évaluation prend la forme d'une note écrite statuant sur le magistrat sur ses activités, son appréciation, ses aptitudes fonctionnelles et ses besoins de formation en cas de lacunes¹⁶²⁶. Toutes les évaluations retranscrites par la note sont alors transmises au garde des sceaux¹⁶²⁷. Tout l'enjeu pour le CSM

¹⁶²³ « Maîtriser l'ordre du jour, c'est maîtriser le temps des nominations », M. LE POGAM, *ibid.*, p. 77.

¹⁶²⁴ « L'activité professionnelle de chaque magistrat fait l'objet d'une évaluation tous les deux ans. Une évaluation est effectuée au cas d'une présentation à l'avancement et à l'occasion d'une candidature au renouvellement des fonctions. », Art. 12-1, Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551.

¹⁶²⁵ « L'évaluation est établie :

1° Par le premier président de la cour d'appel ou le président du tribunal supérieur d'appel pour les magistrats du siège de leur ressort ;

2° Par le procureur général près la cour d'appel ou le procureur près le tribunal supérieur d'appel pour les magistrats du parquet de leur ressort ;

3° Par le premier président de la Cour de cassation pour les conseillers référendaires et les auditeurs à la Cour de cassation ;

3° bis Par le procureur général près la Cour de cassation pour les avocats généraux référendaires à la Cour de cassation ;

4° Par le directeur ou le chef de service pour les magistrats de l'administration centrale du ministère de la justice en fonctions dans leur direction ou dans leur service ;

5° Par le premier président ou le procureur général pour les magistrats chargés d'un secrétariat général à la Cour de cassation ou dans une cour d'appel ;

6° Par le premier président de la cour d'appel ou le procureur général près ladite cour pour les magistrats chargés d'un secrétariat général dans un tribunal de grande instance du ressort de la cour d'appel ;

7° Par le garde des sceaux, ministre de la justice, pour les chefs des tribunaux supérieurs d'appel, ainsi que pour les magistrats maintenus par ordre en France après consultation des autorités auprès desquelles les intéressés ont effectivement servi en dernier lieu ;

8° Par le président de la chambre de l'instruction de la cour d'appel compétente à l'égard de la juridiction des forces armées pour les magistrats détachés pour exercer les fonctions de juge d'instruction dans ces juridictions.

Sous réserve du 8° ci-dessus et des dispositions de l'article 7 du décret du 15 mars 1973 susvisé à l'égard des magistrats détachés pour exercer des fonctions judiciaires en dehors du territoire de la République, l'évaluation de l'activité professionnelle des magistrats placés en position de détachement est établie par l'autorité qui, au sein de l'organisme auprès duquel ils sont détachés, dispose, au regard des règles internes, du pouvoir d'évaluer la compétence professionnelle du personnel exerçant les mêmes fonctions ou des fonctions semblables. », Art. 19, 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, JORF n°6 du 8 janvier 1993, p. 449.

¹⁶²⁶ Art. 20, *ibid.*

¹⁶²⁷ Art. 21, *ibid.*

est l'exploitation de ces évaluations pour mener à bien sa mission en matière de nomination. Ces notes sont l'élément central des procédures de nominations.

Compte tenu de l'ambiguïté maintenue autour du CSM de par la difficulté de maintenir une indépendance face à la présence du pouvoir politique, il est mis en place une procédure très particulière pour tenter de maintenir un statu quo tenable entre magistrature et pouvoir politique.

Tout d'abord, il y a deux biais de nominations faisant ressurgir cette opposition entre magistrature et pouvoir politique. La nomination d'un magistrat peut procéder par une proposition du CSM¹⁶²⁸ ou sur proposition du ministre de la Justice¹⁶²⁹. Que ce soit par l'une ou l'autre, les notes d'évaluations sont essentielles car elles seront étudiées pour préparer ou apprécier des propositions de nominations.

Concernant la nomination sur proposition du garde des sceaux, la procédure démarre par les circulaires dites de « transparence ». Un projet de circulaire est émis à l'ensemble des magistrats leur permettant d'émettre leurs observations sur cette dernière. Cette circulaire « transparence » accompagnée d'une « transparence » détaillée comporte l'ensemble des magistrats candidats à la mutation par ordre d'ancienneté est transmise au CSM pour étude. Ces transparences avec les dossiers des magistrats seront analysées par le rapporteur de la formation CSM¹⁶³⁰. Une fois analysée, la formation rend un avis sur les propositions du garde des sceaux¹⁶³¹. Une procédure similaire est établie pour les auditeurs de justice pour la nomination au premier poste. En lieu et place des dossiers des magistrats, ce sont les recommandations et observations du jury de classement de l'ENM qui seront étudiés par les rapporteurs¹⁶³².

¹⁶²⁸ « Les candidatures aux emplois pourvus sur proposition du Conseil supérieur sont adressées simultanément au Conseil supérieur de la magistrature et au ministre de la justice. », Art. 15, L. org. n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°0032 du 8 février 1994, p. 2146.

¹⁶²⁹ « Les propositions du ministre de la justice sont transmises au Conseil supérieur avec la liste des candidats pour chacun des postes concernés. », Art. 17, *ibid.*

¹⁶³⁰ « Les propositions du ministre de la justice sont transmises au Conseil supérieur avec la liste des candidats pour chacun des postes concernés.

Le rapporteur a accès au dossier des magistrats candidats. Il peut demander au ministre de la justice toutes précisions utiles. Ces précisions et les observations éventuelles du magistrat intéressé sont versées dans le dossier de ce dernier.

Sur proposition du rapporteur, le Conseil supérieur peut remettre au ministre de la justice les observations qu'il estime utiles sur le contenu du dossier examiné. », Art. 17, *ibid.*

¹⁶³¹ « Pour les nominations de magistrats aux autres fonctions du siège, l'avis de la formation du Conseil supérieur compétente à l'égard des magistrats du siège est donné sur les propositions du ministre de la justice et après un rapport fait par un membre de cette formation. », Art. 15, *ibid.*

¹⁶³² « Lorsque le conseil supérieur est appelé à se prononcer sur les propositions de nomination des auditeurs de justice à leur premier poste, le garde des sceaux adresse à la formation compétente les recommandations et réserves faites par le jury de classement conformément à l'article 21 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée ainsi que les observations éventuellement formulées par les auditeurs de justice après communication de ces recommandations et réserves », Art.38, *op. cit.*

Concernant la procédure sur proposition du CSM, la procédure est entièrement aux mains du Conseil¹⁶³³. Après un appel à candidature, le CSM demande à consulter les dossiers, peut auditionner si besoin des magistrats pour établir ses propositions¹⁶³⁴. Les propositions sont directement transmises au Président de la République. Le CSM émettra à la fin du processus, à l'instar du garde des sceaux au départ, une circulaire de transparence proposant les magistrats à la nomination.

Quand bien même le CSM dispose de l'initiative, le garde des sceaux peut s'immiscer mais sur invitation du Conseil seul. Ainsi, le Conseil peut lui demander son opinion sur des propositions à faire pour une nomination à l'initiative dudit CSM¹⁶³⁵. Il peut ainsi interagir sur une nomination sur laquelle il n'est pas censé avoir compétence pour.

Ce processus dual de nomination des magistrats du siège a vocation à s'appliquer à l'ensemble des magistrats sans exception tant pour le premier poste que pour les mutations ou changement de fonction. Cependant, ces procédures se distinguent selon le poste visé.

La nomination sur initiative du CSM concerne l'ensemble des « trente-huit premiers présidents des cours d'appel et tribunaux supérieurs d'appel, les cent soixante-quatre présidents de Tribunal judiciaire et les quelques deux-cent vingt auditeurs, conseillers référendaires, conseillers, présidents de chambre et premier président de la Cour de cassation »¹⁶³⁶. Elle dispose d'une procédure extrêmement protectrice à la faveur d'un choix spécifique du CSM ne concernant cependant que 7% des magistrats du siège¹⁶³⁷.

Les autres magistrats du siège soumis à la procédure de nomination sur proposition du garde des sceaux représentent donc 93% des magistrats du siège. Dès lors, le processus d'initiative ne s'applique qu'à une part infime des magistrats du siège ce qui en limite nécessairement la portée. Si cette dernière est assez novatrice, la nomination sur proposition du garde des sceaux ne l'est absolument pas. La seule différence avec les nominations faites au XIX^{ème} siècle est

¹⁶³³ « Pour chaque nomination de magistrat du siège à la Cour de cassation, de premier président de cour d'appel ou de président de tribunal judiciaire, la formation compétente du Conseil supérieur arrête, après examen des dossiers des candidats et sur le rapport d'un de ses membres, la proposition qu'elle soumet au Président de la République. », Art.15, Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°0032 du 8 février 1994, p. 2146.

¹⁶³⁴ Art. 37, Décret no 94-199 du 9 mars 1994 relatif au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°58 du 10 mars 1994, p. 3779.

¹⁶³⁵ « Le ministre de la justice fait parvenir, sur sa demande, à la formation du conseil supérieur compétente à l'égard des magistrats du siège le nom des magistrats qui lui paraissent susceptibles d'être nommés à un poste de magistrat du siège à la Cour de cassation, de premier président de cour d'appel ou de président d'un tribunal judiciaire. », Art.37, *ibid*.

¹⁶³⁶ *Ibid.*, p. 78.

¹⁶³⁷ V. à ce sujet, M. LE POGAM, *op. cit.*, p. 71 à 74.

le CSM jouant un rôle de filtre par son avis conforme liant le pouvoir politique. Ce processus dispose désormais d'un véritable contre-pouvoir par le CSM contrôlant de manière effective les choix du pouvoir politique.

La commission d'avancement dispose d'un rôle important dans le cadre des nominations. Elle est chargée d'établir le tableau d'avancement¹⁶³⁸ pour les magistrats jugés dignes d'obtenir un avancement¹⁶³⁹. Chargée de s'intéresser aux magistrats du second grade pouvant accéder au premier grade par l'étude de leurs mérites, elle étudie les dossiers et fait des propositions¹⁶⁴⁰ de nominations par le tableau. Elle dispose donc d'un rôle complémentaire et similaire au CSM.

Si le CSM dispose d'un pouvoir conséquent en matière de nomination, il ne peut être sans contrôle. Cette mission est échue au Conseil d'État. Traditionnellement, et depuis le début des années 1950, le CSM est placé sous le contrôle juridictionnel du Conseil d'État¹⁶⁴¹ ce qui n'était pas sans soulever de lourdes interrogations¹⁶⁴².

Quoi qu'il en soit, le Conseil d'État a forgé sa jurisprudence et a délimité son champ de contrôle des avis du CSM-siège. Concernant le cas des avis conforme, le Conseil estime que la décision du CSM ne peut faire grief en elle-même et qu'elle n'est pas détachable du décret de nomination, seul acte pouvant faire l'objet d'un recours¹⁶⁴³. A contrario, l'avis non conforme du CSM peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹⁶⁴⁴ directement puisqu'il n'y a pas lieu d'avoir un décret, principe exprimé pour la première fois par cette décision¹⁶⁴⁵.

¹⁶³⁸ Art. 34, ord. stat., *op. cit.*

¹⁶³⁹ Art. 22, 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, JORF n°6 du 8 janvier 1993, p. 449.

¹⁶⁴⁰ Art. 26, *ibid.*

¹⁶⁴¹ « Le Conseil supérieur relevait du Conseil d'Etat [...] l'arrêt Ratzel du 22 janvier 1954 avait encore accentué le contrôle du Conseil d'Etat sur le CSM [...] les arrêts Létang du 12 juillet 1969 et Rousseau du 14 mars 1976 confirment ce contrôle par le Conseil d'Etat de la régularité des procédures suivies devant le CSM », J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France, op. cit.*, p. 1097 et 1098.

¹⁶⁴² « Contrôle qui a pu laisser les magistrats de l'ordre judiciaire critiques sur son bienfondé du fait que le Conseil d'Etat s'arroge le pouvoir d'annuler les décisions d'un organe constitutionnel, *Ibid.*, p.1098 ; « il est significatif que l'on ait placé sous la tutelle du Conseil d'Etat une institution qui sous la IVème République était considéré comme l'amorce d'un troisième pouvoir, le pouvoir judiciaire », E. LANGAVANT et M.-C. ROUALT, *Contentieux administratif*, Paris, 1987, p. 61.

¹⁶⁴³ CE, 22 janvier 2003, Rec. , p. 897.

¹⁶⁴⁴ « L'avis non conforme émis par le Conseil supérieur de la magistrature sur la nomination d'un magistrat du siège proposée par le ministre de la justice, qui fait obstacle à ce que le Président de la République prononce cette nomination et n'implique pas nécessairement qu'il prenne un décret pour en tirer les conséquences, constitue un acte faisant grief qui peut être déféré au juge de l'excès de pouvoir » CE, 29 octobre 2013, Rec. 2013, p.259.

¹⁶⁴⁵ « Pour la première fois, la Haute juridiction administrative a décidé d'exercer un contrôle, même s'il a été restreint, sur un avis non conforme rendu par le CSM, procédant ainsi à un revirement majeur de sa jurisprudence », M. LE POGAM, *op. cit.*, p. 81.

Une décision du Conseil d'État en date du 8 juin 2016¹⁶⁴⁶, sur ce thème de l'avis non conforme, réaffirme avec force les pouvoirs du CSM. Un recours pour excès de pouvoir a été effectué à l'encontre d'un avis non conforme de nomination d'un magistrat du siège placé. L'article 3-1 de l'ordonnance statutaire de 1958 donnant au magistrat placé un droit à la nomination¹⁶⁴⁷ ne pouvait pas se voir refuser la dite nomination et donc l'avis non conforme du CSM. Cependant, le Conseil d'État estima que bien qu'il existe un droit à nomination, il appartient au CSM d'apprécier la candidature et de « tenir compte des droits que ce magistrat tire des dispositions de cet article et [...] prendre en considération les mérites intrinsèques du candidat ainsi que son adaptation au poste à pourvoir » estimant que l'avis conforme est une garantie essentielle de l'indépendance de l'autorité judiciaire et du bon fonctionnement de l'institution judiciaire¹⁶⁴⁸. Dès lors, l'avis rendu par le CSM qu'il soit conforme ou non est indispensable dans le processus de nomination et peut être contrôlé par le Conseil d'État. Néanmoins, il n'exerce qu'un contrôle restreint sur les avis en cas d'erreur manifeste du CSM où en l'espèce « le dossier de M. C. comporte des réserves émises lorsqu'il exerçait ses fonctions de magistrat placé, qui sont de nature à justifier un avis négatif du CSM, sans que le juge administratif relève une erreur manifeste dans l'appréciation portée par cette instance »¹⁶⁴⁹.

Le contrôle du Conseil d'État s'effectue également sur la conséquence directe de l'avis du CSM, à savoir sur le décret de nomination. Une nomination régulière prise par décret ne peut pas être retirée par un autre décret¹⁶⁵⁰ et une erreur matérielle du garde des sceaux lors du processus de nomination permet de l'annuler¹⁶⁵¹. Cependant, il est possible d'annuler un décret

¹⁶⁴⁶ CE, ass., 8 juin 2016, n°382736 et 386701.

¹⁶⁴⁷ « Après deux ans d'exercice dans leurs fonctions et sur leur demande, ces magistrats sont nommés à l'un des tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel à laquelle ils sont rattachés », Art. 3-1, Ord. Stat., op. cit.

¹⁶⁴⁸ M.C. de MONTECLER, « Portée de l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature », *D.*, 2016, p. 1317 ; « Le Conseil d'Etat conforte les pouvoirs du Conseil supérieur de la Magistrature », *D. actu.* 10 juin 2016.

¹⁶⁴⁹ V. sur ce point : H. PAULIAT, « Le Conseil d'Etat, défenseur des prérogatives du Conseil supérieur de la magistrature », *JCP G.*, n° 36, 5 Septembre 2016, p. 935.

¹⁶⁵⁰ « Qu'aucune disposition ne prévoit qu'un magistrat de l'ordre judiciaire puisse se voir privé de sa qualité en dehors de la procédure disciplinaire régie par les dispositions figurant au chapitre VII de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ; qu'il en résulte que le président de la République ne pouvait rapporter le décret, fût-il illégal, du 18 juillet 2007 et ainsi priver Mme T., en dehors de toute procédure disciplinaire, de la qualité de magistrat de l'ordre judiciaire que ce décret lui avait conférée », CE, 01 octobre 2010, n°311938 ; M.C. de MONTECLER, « La nomination d'un magistrat ne peut pas être retirée », *AJDA*, 2010, p. 1856.

¹⁶⁵¹ « Après avoir envisagé, à l'automne 2004, de proposer la nomination au premier grade de M. A, magistrat du second grade placé en position de détachement, y a renoncé et que, par suite, le Conseil supérieur de la magistrature, lors de sa séance du 13 octobre 2004, n'a pas examiné le dossier de ce magistrat, qui ne figurait pas à l'ordre du jour de ses travaux ; que, toutefois, à la suite d'une erreur matérielle commise, lors de la préparation du décret, par les services du ministère de la justice, qui ont soumis à la signature du Président de la République un texte fondé non pas sur le projet qui avait recueilli l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature mais sur le document préparatoire élaboré par l'administration, le décret du 8 novembre 2004 portant nomination de magistrats comporte, parmi les magistrats élevés au premier grade, la mention de M. A ; qu'ainsi, et dès lors que

de nomination sur le fondement du principe d'égalité entre les magistrats dans le déroulement de leur carrière. Une décision du Conseil d'État en date du 12 décembre 2007 annula le décret de nomination car la demande du magistrat était hors délai. Elle module l'effet de l'annulation le mois suivant sa décision, cela entraîna la nullité des jugements auxquels a participé le magistrat¹⁶⁵².

En pratique, le CSM s'occupe de toutes les nominations de magistrats relevant de son champ d'action pour un résultat d'avis négatif de 3% en moyenne pour la formation siège sur les transparences adressées par le garde des sceaux¹⁶⁵³. Si le taux de contrôle négatif semble dérisoire et décevant, il est tout de même rassurant de s'apercevoir que le CSM assure pleinement sa mission constitutionnelle. Il n'hésite pas à rendre des avis non conforme tout en validant dans le même temps l'écrasante majorité des propositions faites par le garde des sceaux. Cette mission assurée par le CSM se fait d'une manière hautement qualitative sur l'ensemble des processus de nomination à travers l'établissement de l'ordre du jour, le tri et analyse des dossiers, des auditions et des délibérés tendant à une complexification importante du processus¹⁶⁵⁴. Elle est le pendant nécessaire pour garantir la nomination la plus adéquate du magistrat le plus compétent tout en écartant le pouvoir politique d'un choix discrétionnaire.

Le CSM-siège dans sa fonction de nomination tente de faire la synthèse entre deux postulats a priori inconciliable ; l'indépendance de la magistrature et le pouvoir de nomination dévolu au pouvoir politique. Pour atteindre au mieux le premier sans rogner intrinsèquement sur le second, il est instauré un mécanisme d'intermédiaire pour le choix du magistrat à nommer ou avancer. Le pouvoir politique conserve son pouvoir de nomination, le Président de la République continue de signer les décrets de nomination. Là ici rien ne change à ce qui était pratiqué depuis le début du XIXème siècle et Napoléon.

En revanche, le choix du magistrat n'est plus discrétionnaire. La raison d'être du CSM est de proposer les meilleurs magistrats aux postes les plus adéquats ou de contrôler les choix du garde des sceaux par un avis conforme le liant avant de le transmettre au pouvoir politique. Habilement, le pouvoir politique conserve son pouvoir historique tout en étant dépouillé d'une

la mention de son nom dans le décret du 8 novembre 2004 résulte, à l'évidence, d'une pure erreur matérielle, ce décret doit, en tant qu'il concerne M. A, être regardé comme dépourvu d'existence légale », CE, 28 décembre 2005 n° 279432, *Recueil Lebon*, 2005.

¹⁶⁵² CE, 12 décembre 2007 n°296072, Rec. 2007 ; obs. P-O. CAILLE, « Jusqu'où peut aller le pragmatisme du juge administratif lorsqu'il annule la nomination d'un magistrat judiciaire », *D.*, 2008, p. 1457.

¹⁶⁵³ « En 2012, sur 1238 mouvements examinés, la formation-siège n'a rendu que 41 avis non conforme soit 3,3% », M. LE POGAM, op. cit., p. 82 à 85.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 85 à 106.

une influence et d'un choix réel sur la nomination. L'étude de critères objectifs est au cœur du processus de nomination. Le CSM est l'organe mettant fin à l'influence directe ou indirecte du pouvoir envers les magistrats puisque le pouvoir ne peut plus en avoir. La nomination est désormais gouvernée par d'autres considérations. Le Conseil supérieur de la magistrature est le coupe-circuit de sécurité de l'influence, il l'a fait sauter.

En plus de s'être immiscé dans un pouvoir historiquement détenu par le pouvoir politique, le CSM va voir ses pouvoirs fortifiés en matière disciplinaire. À nouveau, il va se défaire de l'impact du pouvoir politique sur cette question majeure permettant alors une avancée considérable dans la question de la discipline.

II : Une discipline fortifiée

En plus d'un rôle révolutionnaire en matière de nomination d'un point de vue historique sur la relation pouvoir politique et magistrature, le CSM voit ses pouvoirs en matière disciplinaire réaffirmés et étendus en rupture avec ce qu'il était et pouvait à partir de 1883. La refonte des pouvoirs disciplinaires du CSM ont eu un impact important sur l'essor de la déontologie de la magistrature qui s'est elle aussi fortifiée.

A contrario de la nomination, la discipline fut déjà confiée à un organe autre que le pouvoir politique. Il n'est donc pas question ici d'innovation totale mais d'une réadaptation en profondeur d'un pouvoir déjà confié par le pouvoir politique.

Dès 1946, le CSM rénové se voit attribuer compétence en matière disciplinaire de manière laconique. Il lui est confié « la discipline de ces magistrats » conformément à la loi¹⁶⁵⁵. En parlant de ces magistrats, et pas des magistrats, la Constitution fait implicitement référence aux magistrats du siège, pour lesquels le CSM est compétent en matière de nomination de manière explicite au précédent alinéa. La Constitution de 1958 l'explicitera en prévoyant que « le Conseil Supérieur de la Magistrature statue comme conseil de discipline des magistrats du siège »¹⁶⁵⁶. Plus précisément, la formation du Conseil compétente à l'égard du siège est celle qui statue comme conseil de discipline¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁵ Art. 84, Constitution de la IV^{ème} République du 27 octobre 1946.

¹⁶⁵⁶ Art. 65, Constitution de la V^{ème} République de 1958 dans sa rédaction originelle.

¹⁶⁵⁷ Art. 1^{er}, Loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, JORF du 28 juillet 1993, p. 10600.

À l'instar de la nomination, les magistrats du parquet sont exclus à l'origine du champ de compétence du CSM pour la discipline. Le CSM œuvrant pour l'indépendance de la magistrature ne s'occupe pas du parquet. Il se focalise sur le siège. Malgré la réforme de 1993 créant un CSM-parquet, on ne peut valablement énoncer qu'il joue un rôle prépondérant. Le rôle du Conseil reste marginal pour la discipline du parquet qui sera traitée concomitamment à la procédure de nomination des membres du parquet, étant tout aussi spécifique.

La discipline contemporaine des juges ne relève pas d'une innovation majeure, elle reprend les marqueurs classiques de celle-ci. Il est toujours question d'une sanction disciplinaire découlant de la commission d'une faute disciplinaire en violation d'une règle déontologique.

L'ordonnance statutaire de 1958 établit une échelle des sanctions disciplinaires aussi claire que celle de la loi de 1810. Le magistrat peut être sanctionné d'un blâme avec inscription au dossier, d'un déplacement d'office, du retrait de certaines fonctions, l'interdiction d'être nommé ou désigné dans des fonctions de juge unique pour cinq ans maximum, un abaissement d'échelon, l'exclusion temporaire pour un an maximum avec privation totale ou partielle du traitement, la rétrogradation, la mise à la retraite d'office et la révocation¹⁶⁵⁸. Une pluralité de fautes disciplinaires ne peut conduire qu'à un seul prononcé d'une seule sanction et une seule faute disciplinaire ne peut conduire qu'à une seule sanction sauf le déplacement d'office pouvant se cumuler avec d'autres sanctions¹⁶⁵⁹. À travers les sanctions disciplinaires, on touche au cœur de l'intérêt de la discipline. La sanction de révocation du magistrat justifie l'existence de la discipline en tant que contrepartie à l'inamovibilité qui ne peut être absolue. Après avoir repris la définition classique des sanctions par échelle, l'ordonnance statutaire pose une définition générale de la faute disciplinaire. Dans une formulation inchangée depuis, « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire »¹⁶⁶⁰.

Fort d'une définition stable de la faute et de la sanction, la procédure disciplinaire peut ainsi jouer son rôle pour lui permettre de qualifier la faute et d'y associer une sanction en réponse. Là ici à nouveau, aucune révolution procédurale, juste une réorchestration nécessaire loin de la

¹⁶⁵⁸ Art. 45, ord. stat.

¹⁶⁵⁹ Art. 46, *ibid.*

¹⁶⁶⁰ Art. 43, *ibid.* L'article précise cependant, en son alinéa 2, que le manquement aux devoirs de son état peut s'entendre comme « la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive. ».

procédure cadencée par le pouvoir politique. Elle va prendre une dimension lui permettant d'échapper à un contrôle du pouvoir politique.

Avant tout déclenchement d'une procédure disciplinaire, il existe un pouvoir d'avertissement¹⁶⁶¹ pour les chefs de cours ou d'administration centrale sur les magistrats. Cette disposition ne connaît aucun changement par rapport à 1883.

Précédemment dévolue au garde des sceaux uniquement, la saisine du CSM s'est élargie permettant donc un déclenchement de la procédure disciplinaire plus étendu. Le garde des sceaux conserve cette faveur historique et peut saisir le CSM¹⁶⁶². Cette faculté est aussi confiée aux chefs de Cours qui peuvent eux aussi saisir le CSM¹⁶⁶³. La magistrature rentre de plein pied dans le processus disciplinaire pouvant en être l'impulsion palliant ainsi un potentiel silence du garde des sceaux sur la question. Cette possibilité est totalement novatrice comparé à 1883 où le seul garde des sceaux avait la main sur le déclenchement du processus. La multiplication des possibilités d'ouverture de la procédure disciplinaire est une garantie supplémentaire pour que cette dernière puisse être effective. Malgré tout, cette possibilité de saisine reste assez marginale en nombre¹⁶⁶⁴ mais son existence reste importante.

Enfin, une loi organique de 2010¹⁶⁶⁵ ajoute une troisième possibilité de saisine réellement novateur, par le justiciable lui-même. L'article 50-3 de l'ordonnance statutaire permet au justiciable d'ouvrir la procédure disciplinaire.

Cependant, là où le garde des sceaux ou les chefs de Cours saisissaient le CSM par la simple « dénonciation des faits motivant les poursuites disciplinaires »¹⁶⁶⁶, le justiciable ne bénéficie dès lors pas des mêmes facilités de saisine. La plainte disciplinaire d'un justiciable est soumise à un filtre assez lourd mais nécessaire. Elle sera d'abord examinée par une commission d'admission des requêtes composée d'une fraction du CSM-siège¹⁶⁶⁷ chargée d'examiner le

¹⁶⁶¹ Art. 44, *ibid.*

¹⁶⁶² Art. 50-1, *ibid.*

¹⁶⁶³ Art. 50-2, *ibid.*

¹⁶⁶⁴ 18 saisines directes depuis la création de ce mécanisme de saisine par la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n° 0146 du 26 juin 2001, p. 10119 ; in Rapport d'activité du CSM, 2018, p. 81.

¹⁶⁶⁵ Art. 25, L. org. n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, JORF n°0168 du 23 juillet 2010, p. 13562.

¹⁶⁶⁶ Formulation identique utilisée aux articles 50-1 et 50-2, *ibid.*

¹⁶⁶⁷ « L'examen des plaintes dont les justiciables saisissent le Conseil supérieur de la magistrature est confié à une ou plusieurs commissions d'admission des requêtes. Chaque commission d'admission des requêtes est composée, pour chaque formation du Conseil supérieur, de quatre de ses membres, deux magistrats et deux personnalités extérieures au corps judiciaire, désignés chaque année par le président de la formation.

bien-fondé de la plainte à travers des critères très précis¹⁶⁶⁸. Une fois la plainte admise comme recevable, il se met en place une pré-investigation disciplinaire sollicitant le premier président de la Cour d'appel dont dépend le magistrat en cause, le magistrat et le plaignant¹⁶⁶⁹.

La commission peut soit alors à la lumière de cette phase d'analyse renvoyer au CSM les faits dénoncés soit rejeter la plainte. La décision de rejet n'est pas susceptible de recours pour le justiciable mais ne lie pas les deux autres autorités de saisine. Si pour la commission les faits ne paraissent pas pouvoir recevoir une qualification disciplinaire, le garde des sceaux ou les chefs de Cours peuvent renvoyer au CSM pour ces mêmes faits¹⁶⁷⁰. Les membres du CSM ayant participé à la commission d'admission de la requête ne peuvent siéger dans la formation disciplinaire¹⁶⁷¹.

Une fois la saisine effectuée par l'une de ces trois voies, la procédure disciplinaire peut démarrer. Comme le précise l'ordonnance statutaire, il existe une procédure spécifique au magistrat du siège.

En matière disciplinaire, le CSM a la possibilité de se réunir soit à son siège soit à la Cour de cassation, siège historique¹⁶⁷². Dès la saisine, il démarre un délai de 12 mois prolongeable de 6

Le président de la commission d'admission des requêtes est désigné par le président de la formation. », Art. 18, L. org. n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°0032 du 8 février 1994, p. 2146.

¹⁶⁶⁸ « A peine d'irrecevabilité, la plainte :

-ne peut être dirigée contre un magistrat qui demeure saisi de la procédure [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010] ;

-ne peut être présentée après l'expiration d'un délai d'un an suivant une décision irrévocable mettant fin à la procédure ;

-doit contenir l'indication détaillée des faits et griefs allégués ;

-doit être signée par le justiciable et indiquer son identité, son adresse ainsi que les éléments permettant d'identifier la procédure en cause. », Art.50-3, *Ibid.*

¹⁶⁶⁹ Lorsque la commission d'admission des requêtes du Conseil supérieur déclare la plainte recevable, elle en informe le magistrat mis en cause.

La commission d'admission des requêtes sollicite du premier président de la cour d'appel ou du président du tribunal supérieur d'appel dont dépend le magistrat mis en cause ses observations et tous éléments d'information utiles. Le premier président de la cour d'appel ou le président du tribunal supérieur d'appel invite le magistrat à lui adresser ses observations. Dans le délai de deux mois de la demande qui lui en est faite par la commission d'admission des requêtes du Conseil supérieur, le premier président de la cour d'appel ou le président du tribunal supérieur d'appel adresse l'ensemble de ces informations et observations au Conseil supérieur de la magistrature, ainsi qu'au garde des sceaux, ministre de la justice. », *ibid.*

La commission d'admission des requêtes peut entendre le magistrat mis en cause et, le cas échéant, le justiciable qui a introduit la demande.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*

¹⁶⁷¹ Art. 18, Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°0032 du 8 février 1994, p. 2146.

¹⁶⁷² Art. 40, Décret no 94-199 du 9 mars 1994 relatif au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°58 du 10 mars 1994, p. 3779.

mois pour que le CSM se prononce sauf cas spécifique¹⁶⁷³. Pendant cette période, le magistrat en cause peut être interdit d'exercer ses fonctions¹⁶⁷⁴.

La formation CSM-siège va se doter d'un rapporteur nommé par le premier président de la Cour de cassation qui va agir comme un enquêteur. Il peut entendre ou faire entendre le magistrat, le justiciable, les témoins, faire des actes d'investigations, faire appeler un expert. Le dossier du magistrat, les pièces d'enquêtes et rapport du rapporteur sont transmis au magistrat, qui a le droit de se faire assister d'un conseil. Une fois l'enquête terminée par le rapporteur, le magistrat est cité à comparaître en personne, sauf empêchement justifié¹⁶⁷⁵.

Par principe publique¹⁶⁷⁶, l'audience disciplinaire permet au magistrat de se défendre des faits qui lui sont reprochés¹⁶⁷⁷. Après une délibération à huit clos, la décision de sanction est prise à la majorité du conseil de discipline et est notifiée au magistrat¹⁶⁷⁸. Cette procédure est légèrement modifiée si la saisine du CSM est le fait d'un justiciable. Il est fait quelques ajustements sur le délai de désignation du rapporteur¹⁶⁷⁹, l'audition du justiciable par le rapporteur¹⁶⁸⁰ ou sur le délai de l'audience disciplinaire¹⁶⁸¹.

Par-delà cette description, il est notable de remarquer qu'elle s'est entourée de garanties importantes tendant à sa fiabilité et à la confiance qu'elle peut susciter notamment par la publicité des débats. Véritable bouleversement dans l'approche de la discipline, son ouverture vers l'extérieur tant voulue que forcée est le signe d'un renforcement de la légitimité du

¹⁶⁷³ « Le Conseil supérieur de la magistrature se prononce sur la situation du magistrat ayant fait l'objet d'une interdiction temporaire d'exercice en application des articles 50 ou 51 dans un délai de huit mois à compter du jour où il a été saisi en application des articles 50-1 à 50-3. Il peut, par décision motivée, proroger ce délai pour une durée de quatre mois. Si, à l'expiration de ce délai, aucune décision n'a été prise, l'intéressé est rétabli dans ses fonctions. Si l'intéressé fait l'objet de poursuites pénales, le conseil peut décider de maintenir l'interdiction temporaire d'exercice jusqu'à la décision définitive sur les poursuites disciplinaires. », Art 50-5, *ibid*.

¹⁶⁷⁴ Art. 51, *ibid*.

¹⁶⁷⁵ Art. 51 à 55, *ibid*.

¹⁶⁷⁶ « L'audience du conseil de discipline est publique. Toutefois, si la protection de l'ordre public ou de la vie privée l'exigent, ou s'il existe des circonstances spéciales de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice, l'accès de la salle d'audience peut être interdit au public pendant la totalité ou une partie de l'audience, au besoin d'office, par le conseil de discipline. », Art. 57, *ibid*.

¹⁶⁷⁷ Art. 56, *ibid*.

¹⁶⁷⁸ Art. 57, 57-1 et 58, *ibid*.

¹⁶⁷⁹ Art. 51, *ibid*.

¹⁶⁸⁰ Art. 52, *ibid*.

¹⁶⁸¹ « Lorsque le Conseil supérieur a été saisi à l'initiative d'un justiciable, l'audience disciplinaire ne peut se tenir avant l'expiration d'un délai de trois mois après que le garde des sceaux, ministre de la justice, a été avisé dans les conditions prévues à l'avant-dernier alinéa de l'article 50-3. », Art. 53, *ibid*.

CSM¹⁶⁸² à examiner les faits et à rendre des décisions disciplinaires le cas échéant. Le scandale tant redouté au XIXème est au contraire bénéfique pour le corps.

Ce renforcement est rendu nécessaire par rapport au but de la discipline. En effet, le CSM est « l'expression d'une discipline intérieure à un groupe et assurée par ce groupe [...] il suppose l'atteinte au crédit et à l'honorabilité de la profession en révélant sur la place publique la turpitude ou les faiblesses de certains de ses membres »¹⁶⁸³. Reconnaître par un processus viable et faire savoir par la publicité qu'un membre d'un groupe a failli, renforce le groupe en son ensemble qui reconnaît sa faillite. Reconnaître la faiblesse d'un des siens est un signe de grande force, la discipline est indispensable pour rendre puissante la magistrature. Elle permet de continuer au long cours la construction d'un corps façonné par un concours, une École qui engage un processus d'esprit de corps, etc.

La discipline est trop importante pour le corps de la magistrature pour être négligée ou déstabilisée. Les réformes du CSM en matière disciplinaire et les garanties attachées à la procédure écartent toutes négligences. Elles ont garanti un processus permettant de réellement qualifier et sanctionner le fait disciplinaire. Même en 1883, ou avant, une procédure a toujours existé pour assurer cette mission cardinale. La réelle problématique est celle de la déstabilisation qui entraîne une négligence car la discipline est empêchée de s'exercer. À nouveau, la déstabilisation du pouvoir disciplinaire ne provenait que du pouvoir politique. Seule autorité de saisine en 1883, il pouvait à loisir ne pas déclencher de procédure, modifier les qualifications, changer les sanctions. Il est alors impossible à la discipline de s'affirmer si un élément extérieur module à volonté son expression.

Si l'ordonnance de 1958 ne bouleverse pas la matière disciplinaire, elle a en revanche bien identifié l'élément jadis perturbateur pour en limiter le plus possible l'effet. Personnage clé sous l'ancienne discipline, il n'est maintenant, pour les magistrats du siège, qu'un simple rouage du processus parmi d'autres. Le garde des sceaux est purgé de la discipline, il n'a plus aucun rôle décisif. Bien qu'il conserve son historique pouvoir de saisine, il perd son exclusivité et une potentielle nuisance. Il n'influe pas sur la décision disciplinaire, il peut juste la lancer au même titre que d'autres et la regarder se développer. Il n'interfère plus.

¹⁶⁸² V. à ce sujet, K.FAVRO, « La procédure disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire et la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 », *Petites affiches*, 20 décembre 2001, n° 253, p. 2-6.

¹⁶⁸³ Concl. Labetoulle sur CE., sect., 27 octobre 1978, *Debout*, Rec., p. 395 ; Concl. Sanson sur CE, ass., 14 février 1996, *Maubleu*, RFDA. 1996, p. 1189, in K.FAVRO, « La procédure disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire et la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 », *LPA*, 20 décembre 2001, n° 253, p. 2.

Ce processus disciplinaire autonome peut s'articuler à d'autres responsabilités¹⁶⁸⁴ et d'autres mécanismes¹⁶⁸⁵ répondant à d'autres impératifs. La discipline s'occupe elle de restaurer la légitimité de la magistrature en son ensemble par la sanction du magistrat en faute. Elle n'est pas là pour réparer un préjudice ou préserver l'ordre public. Parasiter la discipline, c'est perturber le rétablissement du corps participant ainsi au maintien de son affaiblissement. L'expurgation du pouvoir politique de la discipline permet à ses effets de prendre une réelle place. Ainsi, la déontologie a pu véritablement s'inscrire en renfort de la magistrature. Le CSM a permis le développement d'une jurisprudence disciplinaire fondamentale permettant de dégager un corpus de règle conséquent.

En partant d'une définition minimaliste¹⁶⁸⁶, le CSM va pouvoir développer et élargir la notion de faute disciplinaire. Depuis 1958, 235 décisions disciplinaires ont été rendues par le CSM à l'égard des magistrats du siège¹⁶⁸⁷. En moyenne, le CSM a donc rendu moins de 4 décisions par an en matière disciplinaire. Il est évident que c'est peu tout en étant rassurant pour la magistrature et ses membres. Le CSM précise que le corps judiciaire français est sain¹⁶⁸⁸. Sur la décennie 2007-2017, 44 décisions ont été rendues prononçant principalement une mise à la retraite d'office (12) ou un blâme (10)¹⁶⁸⁹. Entre 2000 et 2007, le nombre de décisions rendues oscille entre 2 en 2003 et 8 en 2006¹⁶⁹⁰.

Sur ces 234 décisions, seulement 13¹⁶⁹¹ n'ont pas donné lieu à sanction soit 5.56% du total des décisions. 94,44% des faits soumis au CSM siège ont conduit à une qualification disciplinaire et au prononcé d'une sanction sur la base de la définition posée à l'article 43 de l'ordonnance de 1958.

¹⁶⁸⁴ La responsabilité disciplinaire peut s'articuler avec la responsabilité civile et pénale du magistrat pour les mêmes faits V. à ce sujet : G. KERBAOL, *La responsabilité personnelle des magistrats de l'ordre judiciaire*, thèse, Montpellier I, vol.1 et 2, 2003.

¹⁶⁸⁵ Les mécanismes de la récusation ou la requête en suspicion légitime concerne le magistrat dans sa relation aux parties remettant en cause son indépendance d'elle uniquement de manière individuelle contre un magistrat ou collective contre la juridiction.

¹⁶⁸⁶ « Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire », Art. 43, ord. stat., op. cit.

¹⁶⁸⁷ Les dernières décisions publiées sont en date du 19 décembre 2019 est nommé « S234 » et du 16 janvier 2020 « S235 ».

¹⁶⁸⁸ Rapport d'activité du CSM, 2018, p. 82.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 81.

¹⁶⁹⁰ Rapport d'activité du CSM, 2007, p. 38.

¹⁶⁹¹ CSM-siège S009, S011, S057, S064, S087, S120, S140, S189, S205, S214, S217, S227, S234.

Parmi ces 234 décisions, 3 seulement concernent les rapports entre magistrat et le pouvoir politique. Les décisions S080 en date du 20 septembre 1994 et S081 du 14 décembre 1994 concernent les mêmes faits et une autre en date du 24 mars 1966¹⁶⁹².

Par ordre d'importance en termes de récurrence de qualification disciplinaire, on retrouve les manquements à la confiance et au respect que la fonction de magistrat doit inspirer aux justiciables¹⁶⁹³, le manquement aux obligations professionnelles¹⁶⁹⁴. Les frontières entre ces manquements ne sont pas totalement étanches, entre sphère professionnelle et privée. Si certains devoirs sont liés à un manquement en particulier¹⁶⁹⁵ ; d'autres comme la délicatesse, la loyauté et la dignité du magistrat sont partagés. Ces qualifications disciplinaires ne sont pas exclusives les unes des autres et peuvent très bien se chevaucher pour un fait unique.

Enfin les manquements au devoir d'indépendance¹⁶⁹⁶ conduit à nuire à la magistrature en son ensemble, à son image ou à la confiance des justiciables envers elle.

À la lumière de ces trois manquements, on retrouve aisément les trois piliers de la discipline au XIX^{ème} siècle. On y retrouve la sphère professionnelle, la sphère privée et la question de l'indépendance comprise auparavant sous le prisme du rapport au politique. Le CSM a développé une jurisprudence très étendue lui permettant d'être saisi d'une multitude de comportements professionnels ou privés des magistrats pouvant revêtir une qualification disciplinaire.

Le manquement aux obligations professionnelles renvoie à des problématiques telles que le manque de connaissance des règles de procédure pénale¹⁶⁹⁷, des refus d'assurer des audiences¹⁶⁹⁸, par des retards et une absence de rigueur dans l'exercice de ses fonctions¹⁶⁹⁹ ou bien des carences et falsifications dans le cadre d'une instruction¹⁷⁰⁰. L'attitude méprisante et arrogante d'un magistrat envers des fonctionnaires de greffes et des collègues tout comme des comportements inappropriés à l'audience a conduit le CSM à prononcé sa mise à la retraite

¹⁶⁹² CSM-siège, S020, 24 mars 1966.

¹⁶⁹³ 242 décisions se fondent uniquement ou en partie sur cette qualification disciplinaire.

¹⁶⁹⁴ 156 décisions se fondent uniquement ou en partie sur cette qualification disciplinaire.

¹⁶⁹⁵ Par exemple, le respect de l'exigence des bonnes mœurs ou le devoir de maintien de la confiance du justiciable sont de l'apanage des manquements à la confiance et au respect que la fonction de magistrat doit inspirer aux justiciables. A contrario, le devoir de légalité ne se trouve que pour le manquement aux obligations professionnelles.

¹⁶⁹⁶ 46 décisions se fondent uniquement ou en partie sur cette qualification disciplinaire.

¹⁶⁹⁷ CSM-siège, S228, 13 juillet 2017.

¹⁶⁹⁸ CSM-siège, S027, 3 février 1971.

¹⁶⁹⁹ CSM-siège, S216, 23 octobre 2014.

¹⁷⁰⁰ CSM-siège, S169, 22 juillet 2009.

d'office¹⁷⁰¹. La mauvaise gestion budgétaire d'une juridiction par son président relève d'un manquement professionnel, d'un manquement à son obligation d'assumer ses fonctions¹⁷⁰². Enfin, l'utilisation, même à titre privée, du matériel informatique du tribunal pour avoir des conversations et échanges de photographies pornographiques avec une mineure porte atteinte à la dignité, la délicatesse et l'honneur du magistrat prévoyant la cessation immédiate de ses fonctions¹⁷⁰³. Une tentative de séduction par des gestes à caractère sexuel envers deux mères d'enfants mineurs par un juge pour enfant entraîna l'interdiction temporaire d'exercer ses fonctions¹⁷⁰⁴.

Concernant les manquements à la confiance et au respect que la fonction de magistrat doit inspirer aux justiciables, cela peut concerner aussi bien des violences et menaces en état d'ivresse en dehors de ses fonctions¹⁷⁰⁵ ou la répétition d'altercations avec le mari de la maîtresse du magistrat¹⁷⁰⁶. Des infractions pénales comme une agression sexuelle sur mineur de quinze ans¹⁷⁰⁷, la détention d'images pédopornographiques¹⁷⁰⁸ ou des violences sur conjoints, détention d'armes et violation de domicile¹⁷⁰⁹ ouvrent la voie à des poursuites disciplinaires par le CSM. L'état de dépendance à l'alcool ou alcoolisme, bien que considéré comme une maladie, a conduit le CSM à déclencher des procédures disciplinaires sur ses conséquences ; retards ou absences¹⁷¹⁰, désorganisation du service¹⁷¹¹, conduite sous l'empire d'un état alcoolique pendant ou hors fonction¹⁷¹² ou sa présence au tribunal et en audience en état d'ébriété¹⁷¹³. Le magistrat, victime de troubles graves du comportement ayant pu conduire à des incidents publics répétés au tribunal se voit être interdit temporairement d'exercer ses fonctions manquant à la probité, à la dignité de sa charge et l'honneur de la justice¹⁷¹⁴. La seule «vie privée douteuse » d'un magistrat ayant des dettes et des fréquentations sulfureuses ont pu conduire à un déplacement d'office¹⁷¹⁵.

¹⁷⁰¹ CSM-siège, S231, 22 janvier 2019.

¹⁷⁰² CSM-siège, S161, 16 juin 2008.

¹⁷⁰³ CSM-siège, S215, 25 septembre 2014.

¹⁷⁰⁴ CSM-siège, S129, 19 janvier 2004.

¹⁷⁰⁵ CSM-siège, S229, 19 juillet 2017.

¹⁷⁰⁶ CSM-siège, S075, 3 février 1994.

¹⁷⁰⁷ CSM-siège, S126, 09 juillet 2003.

¹⁷⁰⁸ CSM-siège, S153, 16 octobre 2006.

¹⁷⁰⁹ CSM-siège, S188, 25 novembre 2010.

¹⁷¹⁰ CSM-siège, S209, 19 décembre 2013.

¹⁷¹¹ CSM-siège, S204, 7 février 2013.

¹⁷¹² CSM-siège, S179, 19 février 2010.

¹⁷¹³ CSM-siège, S177, 24 février 2010.

¹⁷¹⁴ CSM-siège, S114, 18 janvier 2011.

¹⁷¹⁵ CSM-siège, S019, 17 juin 1965.

Les faits commis dans les sphères professionnelles et privées continuent d'alimenter le contentieux disciplinaire à travers des qualifications beaucoup plus précises néanmoins. Cependant, le périmètre du manquement disciplinaire sur l'indépendance a en revanche bien changé. Il renvoie désormais à des problématiques d'impartialité par l'utilisation des réseaux sociaux pendant un procès d'assises¹⁷¹⁶ ou la désignation pour une expertise du frère du magistrat en remplacement d'un autre expert¹⁷¹⁷. Il renvoie aussi à la neutralité¹⁷¹⁸ et la prudence¹⁷¹⁹.

Parmi ces 46 décisions, trois seulement concernent les rapports entre magistrat et le pouvoir politique. Les décisions S080 en date du 20 septembre 1994 et S081 du 14 décembre 1994 concernent les mêmes faits et une autre en date du 24 mars 1966¹⁷²⁰.

Concernant la décision S020 de 1966, un magistrat est poursuivi pour avoir déclaré anonymement dans la presse que le garde des sceaux était intervenu pour faire prononcer un non-lieu considérant que cela relève d'un ensevelissement judiciaire. Il fût poursuivi après avoir été démasqué pour méconnaissance délibérée de l'indépendance des juges d'instruction et non-respect du devoir de réserve. La sanction de la réprimande avec inscription au dossier a été prise à l'encontre de ce magistrat.

Concernant les décisions de 1994, en parallèle de la poursuite d'une instruction malgré dessaisissement entraînant aussi des poursuites disciplinaires, un juge d'instruction critique par voie de presse le pouvoir politique. Il estime qu'un justiciable considéré comme ami intime du garde des sceaux est protégé, raison pour laquelle il fût dessaisi de ladite instruction. In fine, il critique le manque d'indépendance de la magistrature du pouvoir politique. Cette critique fût analysée en un manquement caractérisé à son devoir de réserve. Ce magistrat s'est vu retirer ses fonctions de juge d'instruction et s'est vu déplacé d'office¹⁷²¹ pour l'ensemble des faits déferés dont fait partis la critique du manque d'indépendance.

La critique du pouvoir politique et du manque d'indépendance en découlant n'est pas entendue sous l'hostilité comme cela le fût au XIXème siècle mais sous le prisme du devoir de réserve. La faiblesse tant quantitative que qualitative de la sanction disciplinaire pour la critique du

¹⁷¹⁶ CSM-siège, S212, 30 avril 2014.

¹⁷¹⁷ CSM-siège, S186, 18 novembre 2010.

¹⁷¹⁸ Magistrat donnant des conseils à un justiciable impliqué dans une affaire instruite par lui ; CSM-siège, S136, 29 octobre 2004.

¹⁷¹⁹ CSM-siège, S222, 21 janvier 2015.

¹⁷²⁰ CSM-siège, S020, 24 mars 1966.

¹⁷²¹ CSM-siège, S081, 14 décembre 1994.

politique démontre bien l'absence de poids du pouvoir politique. Pilier de la discipline au XIX^{ème}, elle est aujourd'hui juste résiduelle.

Sans faire une analyse complète et croisée des 234 décisions, l'indépendance n'est pas la première cause de sanction disciplinaire. En effet, sur le seul fondement du manquement « indépendance » à l'exclusion de l'impartialité, de la prudence et autres, il ressort 6 décisions du CSM. Une seule concerne le pouvoir politique, les autres des rapports entre le magistrat et les parties¹⁷²². Cette quasi-absence de la jurisprudence du CSM signifie que l'indépendance n'est pas une cause récurrente de sanction disciplinaire pour le magistrat. La magistrature respecte ce principe fondamental.

Cependant, cette question de l'indépendance se retrouve en bonne place dans les règles de conduite de la magistrature. Au-delà de la seule définition contenue dans l'ordonnance statutaire et unique référentiel disciplinaire, la loi organique de 1994¹⁷²³ souhaite offrir à la magistrature un nouvel outil déontologique. Elle demande à la formation plénière du CSM d'élaborer et de rendre public un recueil des obligations déontologiques des magistrats¹⁷²⁴. Il verra le jour qu'en 2010 relancé par la loi du 5 mars 2007¹⁷²⁵ et réactualisé dans une deuxième édition en 2019. Comme le précise le CSM lui-même, ce recueil « n'est pas un code de discipline mais un guide pour les magistrats du siège et du parquet »¹⁷²⁶. Il sert ainsi aux magistrats pour mieux comprendre les exigences inhérentes à sa fonction, aux chefs de juridictions et de cours pour mieux encadrer, à l'ENM pour mieux former et au grand public pour donner confiance¹⁷²⁷. En plus de ce recueil, le CSM s'est dotée d'une formation spéciale ; le service d'aide et de veille déontologique (SAVD). Il dispose d'un rôle de conseil pour les magistrats en cas de doute sur une question déontologique et d'enrichissement à long terme du recueil.

Ainsi, au sein de ce guide déontologique pour la magistrature, la question de l'indépendance arrive en tout premier avant l'impartialité, l'intégrité, la loyauté ou la conscience

¹⁷²² CSM-siège S020, S104, S111, S124, S125, S136. Il est à noter que les décisions S080 et S081 ne relèvent pas du manquement à l'indépendance alors qu'elle vise des faits ressemblants à ceux de la décision S020, à savoir une critique par voie de presse du garde des sceaux et de son influence sur la magistrature.

¹⁷²³ L. org. n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°0032 du 8 février 1994, p. 2146.

¹⁷²⁴ Art. 20-2, *Ibid.*

¹⁷²⁵ L. org. n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, JORF n°55 du 6 mars 2007, p. 4184.

¹⁷²⁶ Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 2019, p. 11.

¹⁷²⁷ J. JOLY-HURARD, *La déontologie du magistrat*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 3^e éd., 2014, p. 190.

professionnelle. Cette question de l'indépendance est vitale car elle conditionne toutes les autres problématiques. Par exemple, un juge loyal est inutile s'il est dépendant.

Ce recueil considère d'emblée et très clairement ¹⁷²⁸ que « l'indépendance de l'autorité judiciaire est un principe fondamental à valeur constitutionnelle [...] Elle est pour le magistrat la condition de sa légitimité »¹⁷²⁹.

La première des indépendances à garantir est celle vis-à-vis du pouvoir politique. Il est précisé que le magistrat doit défendre l'indépendance de l'autorité judiciaire contre toutes influences « sans avoir à craindre une sanction ni espérer un avantage personnel »¹⁷³⁰. Il est visé ici très clairement l'indépendance de la magistrature vis-à-vis du pouvoir politique qui a longtemps fait craindre des sanctions et fait espérer des avantages. Il est fait état de l'absolue nécessité de l'inamovibilité comme garantie de l'indépendance. Il est précisé que « les magistrats préservent leur indépendance vis-à-vis des pouvoirs exécutifs et législatifs, en s'abstenant de toute relation inappropriée avec leurs représentants »¹⁷³¹.

Par cette formulation assez étrange, on confie au magistrat le devoir de garantir son indépendance du pouvoir politique alors qu'il est du rôle du Président de la République d'en être le garant. Si une relation inappropriée devait être relevée, ce serait à l'égard du pouvoir politique qui l'a pendant longtemps entretenue et forcée sans autre alternative pour les magistrats. L'indépendance sous l'angle disciplinaire revient à ne sanctionner que le magistrat pour avoir recherché une dépendance. En revanche, il n'est pas ici question de sanctionner le pouvoir politique pour l'encourager ou la maintenir. La discipline n'est envisagée que du côté de la victime de la dépendance.

Même dans la garantie déontologique et claire de l'indépendance du magistrat comme garant de sa légitimité, il existe une contradiction. Il demeure toujours une contradiction et pour cause, il ne peut en être autrement en l'état. La magistrature actuelle repose toujours sur une ambiguïté majeure. La magistrature ne sera jamais indépendante si le pouvoir politique continue de nommer les magistrats.

¹⁷²⁸ La précédente rédaction n'établissait pas aussi clairement le lien entre légitimité et indépendance, elle le laisser entendre à travers les nombreux bénéfices de l'indépendance et des contraintes que cela supposait.

¹⁷²⁹ *Ibid.*, p. 15.

¹⁷³⁰ Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 2019, p. 15.

¹⁷³¹ *Ibid.*, p. 17.

Conclusion titre 1 : Les limites atteintes du paradoxe de la magistrature indépendante nommée par le pouvoir politique

Toutes les avancées sur le recrutement, la formation, la nomination et la discipline tendent à garantir du mieux possible l'indépendance de la magistrature. L'ordonnance statutaire de 1958 et tous les textes satellites n'ont eu de cesse de faire tomber l'arbitraire et le subjectif qui étaient au cœur de la magistrature pour les remplacer pour une objectivité à tous les niveaux. Le recrutement est fondé sur des critères objectifs avec un concours portant principalement sur la compétence juridique. La réussite du concours ne confère aucun droit sauf à subir une formation conçue pour être la plus performante possible. La nomination et la discipline sont assurées par un conseil détaché du pouvoir politique en le déposant d'une grande part de ses pouvoirs sur ces questions.

Sous le prisme de l'indépendance, la magistrature est à son apogée. Elle a tout mis en œuvre pour favoriser au maximum l'indépendance du pouvoir politique. Elle a perfectionné du mieux possible tous les mécanismes de seconde génération ; le concours, l'École, la carrière, le conseil supérieur. La magistrature est arrivée au paroxysme de l'indépendance possible en raisonnant sur le même modèle que celui de 1810. Les mécanismes d'indépendance ont permis d'éradiquer le plus possible les dépendances et la soumission de la magistrature au pouvoir politique. L'amélioration de la relation pouvoir politique / magistrature est indéniable et ne saurait être remis en cause.

Cependant, la réponse est seulement palliative car elle ne s'est occupée, avec succès, que des violents symptômes de la dépendance. Elle ne s'est pas attaquée à la racine du mal qui a rongé et ronge encore la magistrature. Le pouvoir politique nomme toujours les magistrats, le lien n'est pas définitivement rompu. Le problème fondamental et ses conséquences existent toujours.

Progressivement depuis le milieu du XX^{ème} siècle, il est mis en place un système abouti permettant la recherche la plus parfaite du magistrat capable sorti de l'influence du pouvoir politique, intégré dans un corps protecteur garant d'une stabilité pour les magistrats. Mais ce système n'a pas ôté définitivement le pouvoir politique. La magistrature actuelle est la réponse la plus parfaite possible de la gestion du paradoxe. Elle s'est arrangée du mieux possible pour être indépendante tout en continuant à intégrer le pouvoir politique. Elle tente de surmonter au mieux cette contradiction. Elle tente de faire coexister deux éléments irréconciliables.

Quand bien même la magistrature est indépendante au degré le plus élevé possible compte tenu de sa contradiction intrinsèque, il demeure toujours de lourds problèmes portant sur la présence du pouvoir politique. Relever les notables améliorations de l'indépendance et mécaniquement l'exclusion du pouvoir politique fait ressortir encore plus fort les dépendances restantes. L'indépendance doit être totale, à défaut elle n'existe pas.

Titre 2 : Le besoin d'une redéfinition totale des garanties de l'indépendance

Quand bien l'indépendance de la magistrature est admise et assurée par différents mécanismes, l'essentiel n'est pas réglé. Il y a une persistance du pouvoir politique dans la magistrature à différents niveaux et à différents degrés. Une présence du pouvoir politique est toujours observable chez les magistrats du siège qui interfère toujours. La dépendance demeure malgré tout. À l'inverse, la question paradoxale de l'indépendance du parquet trouve à se poser. Ces contradictions ont donné naissance à la magistrature « à la Française ».

Le principe d'indépendance trouve à être défini au niveau international et européen, par divers textes et organes. Il se dégage un consensus de ce que doit être l'indépendance et ses garanties. À l'aune de ce consensus sur l'indépendance, les magistratures vont s'y conformer et être standardisées. Le modèle français va être lourdement remis en cause par la CEDH, tandis que la CJUE a une approche divergente.

Mis à part le Conseil constitutionnel, tous les acteurs internes reconnaissent la nécessité d'une réforme. Néanmoins, aucune réforme n'aboutit s'arrêtant aux belles déclarations pour une meilleure indépendance. Cette inaction engendre une défiance gangrénant la légitimité de la magistrature (Chapitre 1).

Pour garantir la pleine indépendance de la magistrature, il convient alors de changer de paradigme pour sortir d'un paradoxe insoluble. Avant de pouvoir apporter des bonnes solutions, il faut appréhender le bon problème.

Toutes les réformes portant sur le parquet au nom de l'indépendance de la magistrature sont une impasse car elles apportent des solutions au mauvais problème. Le concept d'autorité judiciaire est mort et est remplacé par un pouvoir judiciaire qui n'en a pas encore le nom. Le syndicalisme judiciaire, né en 1968, a permis à la magistrature de se battre pour son indépendance. La communication institutionnelle moderne permet de l'affirmer, et ce même contre le pouvoir politique.

Si la magistrature est devenue un pouvoir, il est nécessaire de la transformer. La garantie constitutionnelle par le pouvoir politique de l'indépendance de la magistrature, expression de l'autorité judiciaire, est totalement dépassée et n'a plus aucun sens. Un Conseil supérieur de la justice doit devenir l'organe pilier du pouvoir judiciaire, captant toutes compétences résiduelles du pouvoir politique sur le siège. Enfin, le ministère public doit redevenir clairement dépendant

du pouvoir politique pour garantir davantage l'indépendance du pouvoir judiciaire et ainsi garantir sa légitimité aux yeux des justiciables. (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une persistance de la présence du pouvoir politique en contradiction avec l'indépendance

Chapitre 2 : La destruction du modèle actuel au profit d'un réel pouvoir judiciaire

Chapitre 1 : Une persistance de la présence du pouvoir politique en contradiction avec l'indépendance

Même si l'indépendance a connu un bond spectaculaire dans la seconde moitié du XXème siècle, il paraît difficile à ce stade d'aller plus loin. On considère que la conception française de la magistrature est particulière car le pouvoir politique est encore présent en son sein.

Elle subit toujours les interférences du pouvoir politique en contradiction avec la conception universelle de l'indépendance de la magistrature communément admise (Section 1). La magistrature « à la Française », fruit de son histoire mouvementée et de son évolution, fait alors l'objet de lourdes critiques. Elles vont amener à interroger ce modèle si particulier, à le remettre en cause et à vouloir le réformer face à la défiance grandissante, touchant ainsi sa légitimité (Section 2).

Section 1 : Les éléments révélateurs d'une magistrature « à la Française »

Aussi performant en matière d'indépendance que les mécanismes puissent être, la magistrature reste toujours par endroit soumise au pouvoir politique du fait de la nomination. La magistrature à « la Française » devient particulière dans le sens où elle souffre toujours d'une persistance du pouvoir politique et doit faire face au parquet dont le statut est plus que jamais ambiguë (Paragraphe 1). Ce modèle français va être mis en lumière par sa confrontation avec les conceptions européennes et internationales de l'indépendance de la magistrature du pouvoir politique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La persistance du pouvoir politique au sein de la magistrature

Par endroit, l'on retrouve trace de la présence directe ou indirecte du pouvoir politique que ce soit dans la construction du corps que sur le corps lui-même. Même s'il n'a plus une place centrale et déterminante, il conserve un pouvoir d'interférence au sein de la magistrature (I). Si la garantie de l'indépendance à l'égard du siège est constatée et non remise en question, il surgit de cette garantie, la question du parquet tiraillé entre une magistrature tendant vers une indépendance réelle et une dépendance historique (II).

I : Les interférences du pouvoir politique à l'encontre des magistrats du siège

Le processus d'indépendance de la magistrature tend à expulser le pouvoir politique. Cependant, cette expulsion n'a pas été totale. Le pouvoir politique continue de manière diffuse d'interférer au sein de la magistrature. Plus ou moins prégnantes, elles ont pour but de maintenir une dépendance plus ou moins forte. En réalité, l'intensité de la dépendance importe peu, l'essentiel est dans la seule continuité d'une dépendance aussi minime soit-elle dans une magistrature où l'indépendance doit être la valeur cardinale.

Il subsiste trois difficultés principales tenant à la persistance du pouvoir politique au sein de la magistrature maintenant une dépendance. Le statut de la magistrature contient toujours des dispositions démontrant une présence du pouvoir politique. La gouvernance de l'ENM reste toujours soumise à une présence notable du pouvoir politique. Enfin, le pouvoir politique continue d'influer en matière de nomination et de discipline par l'intermédiaire de la direction des services judiciaires (DSJ). Par ces trois exemples très évocateurs, l'indépendance du siège n'est toujours pas réellement assurée.

D'un point de vue statutaire, la magistrature continue d'être marquée par le pouvoir politique. Le pouvoir politique, par le biais du garde des sceaux, continue d'être présent au cœur de la magistrature. Mis à part le rôle important, même si limité, qu'il tient au sein de la nomination et de la discipline des magistrats du siège, le garde des sceaux dispose de quelques dispositions l'intégrant à la magistrature et son processus.

Pêle-mêle, le garde des sceaux est informé et peut s'opposer à l'exercice d'une activité d'un magistrat en disponibilité¹⁷³², il peut refuser à la désignation d'un magistrat comme représentant syndical¹⁷³³, il peut autoriser ou refuser une dérogation à l'obligation de résidence du

¹⁷³² « Le magistrat en disponibilité ou qui demande à être placé dans cette position doit, lorsqu'il se propose d'exercer une activité privée, en informer préalablement le garde des sceaux, ministre de la justice. La même obligation s'applique pendant cinq ans au magistrat ayant définitivement cessé ses fonctions. Le garde des sceaux, ministre de la justice, peut s'opposer à l'exercice de cette activité lorsqu'il estime qu'elle est contraire à l'honneur ou à la probité, ou que, par sa nature ou ses conditions d'exercice, cette activité compromettrait le fonctionnement normal de la justice ou porterait le discrédit sur les fonctions de magistrat. », Art. 9-2, ord. stat., du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551.

¹⁷³³ « Lorsque la désignation d'un magistrat se révèle incompatible avec la bonne administration de la justice, le garde des sceaux, ministre de la justice, motive son refus et invite l'organisation syndicale à porter son choix sur un autre magistrat. Le Conseil supérieur de la magistrature doit être informé de cette décision. », Art. 10-1, *ibid.*

magistrat¹⁷³⁴. Il dispose de l'initiative des nominations des auditeurs de justice¹⁷³⁵, les listes pour l'avancement lui sont adressés¹⁷³⁶, impliqué de manière globale sur l'avancement destinataire des projets et souhaits des magistrats¹⁷³⁷. Il entérine le détachement judiciaire¹⁷³⁸, il reçoit les bilans des stages probatoires des magistrats intégrés provisoirement¹⁷³⁹.

Dépossédé de réels pouvoirs décisionnels par l'essor de l'indépendance, il apparaît toujours ici et là. Il est destinataire d'une information destinée aussi au CSM ou aux chefs de Cours. N'étant plus réellement présent dans la magistrature, il n'est pas pour autant absent. Il continue d'être un des relais au sein de la magistrature. Pouvant paraître dérisoire comparé à son rôle passé, sa présence n'est pas anodine et exprime le fait qu'il soit toujours là. Par les informations et décisions dont il a connaissance, il continue de connaître de l'intérieur le fonctionnement de la magistrature et de ses changements internes.

Enfin, une autre disposition attire l'attention au sein de l'ordonnance de 1958. Elle reprend quasiment à l'identique celle de la loi de 1883. Il est ainsi interdit pour le magistrat « toute délibération politique est interdite au corps judiciaire. 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 imposent leurs fonctions. Est également interdite toute action concertée de nature à arrêter ou entraver le fonctionnement des juridictions »¹⁷⁴⁰.

Copie quasi conforme de la loi de 1883¹⁷⁴¹, l'ordonnance statutaire reprend la définition disciplinaire de l'hostilité politique prohibée et sanctionnée au XIX^{ème} siècle infériorisant le magistrat face au pouvoir politique. Cependant, la rédaction de 1958 ajoute le terme de République en plus du simple gouvernement. Il semble ainsi que soit visé la forme républicaine au lieu de la couleur politique du gouvernement. Entendu à l'aune du devoir de réserve, l'article 10 semble traiter de la publicité donnée par le magistrat pour son engagement politique s'en

¹⁷³⁴ « Les magistrats sont astreints à résider dans le ressort de la juridiction à laquelle ils appartiennent ou sont rattachés ou dans le ressort d'un tribunal judiciaire limitrophe. Des dérogations exceptionnelles à caractère individuel et provisoire, peuvent être accordées sur avis favorable des chefs de cour par le garde des sceaux, ministre de la justice. », Art. 13, *ibid.*

¹⁷³⁵ Art. 26, *ibid.*

¹⁷³⁶ Art. 27, *ibid.*

¹⁷³⁷ Art. 27-1 et s., *ibid.*

¹⁷³⁸ Art. 41-2, *ibid.*

¹⁷³⁹ Art. 41-12, *ibid.*

¹⁷⁴⁰ Art. 10, *ibid.*

¹⁷⁴¹ « Toute délibération politique est interdite aux corps judiciaires. Toute manifestation ou démonstration d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République est interdite aux magistrats. L'infraction aux dispositions qui précèdent constitue une faute disciplinaire », Art. 14, loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, JORF du 31 août 1883, n°237B.

tenant à la sanction des propos injurieux ou provocants¹⁷⁴². Néanmoins, une telle reprise est évocatrice d'un passé tortueux entre les magistrats et le pouvoir politique. Une formulation plus claire et différente aurait permis d'éviter toute ambiguïté.

En plus de ces dispositions éparses tendant à montrer une présence lancinante du garde des sceaux, celle à l'ENM est nettement plus évocatrice. La structure de formation des magistrats reste sous l'emprise du garde des sceaux. Il dispose d'un poids considérable sur l'entité et ses membres dirigeants. Tout d'abord et de manière claire, « l'École nationale de la magistrature est un établissement public à caractère administratif placé sous la tutelle du garde des sceaux, ministre de la justice »¹⁷⁴³. Cette tutelle entraîne de nombreuses prérogatives pour le garde des sceaux.

Le garde des sceaux dispose de la faculté de nommer au sein du conseil d'administration 11 membres sur les 17 membres ayant voix délibératives. Une majorité de membres sont donc directement issus d'une décision du garde des sceaux pour la plupart magistrats du siège¹⁷⁴⁴. Il peut décider de convoquer le conseil d'administration¹⁷⁴⁵. Il doit approuver le rapport annuel de l'École, le règlement intérieur et contrôle également les délibérations du conseil d'administration auquel il peut faire opposition avant qu'elles ne deviennent exécutoires¹⁷⁴⁶.

Enfin, le garde des sceaux nomme également le directeur de l'École¹⁷⁴⁷. La dernière désignation de l'actuel directeur de l'École en juillet 2016 de Monsieur Olivier Leurent¹⁷⁴⁸ a fait l'objet

¹⁷⁴² Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 2019, p. 91.

¹⁷⁴³ Art. 2, Décret du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature, JORF du 5 mai 1972, p. 4635.

¹⁷⁴⁴ « b) Neuf membres nommés par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice :

Un directeur à l'administration centrale du ministère de la justice, ou son suppléant désigné dans les mêmes formes ;

Un premier président ou un procureur général de cour d'appel ;

Un magistrat hors hiérarchie ou du premier grade de la Cour d'appel de Paris ou des tribunaux judiciaires de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil ;

Un président ou un procureur de la République d'un tribunal judiciaire ;

Un magistrat ancien auditeur de justice ayant moins de sept ans de services effectifs depuis sa première installation

Un membre des professions judiciaires ;

Trois personnalités qualifiées, dont une personne exerçant l'une des fonctions à la formation desquelles l'École nationale de la magistrature peut contribuer, en application du b de l'article 1er-1.

c) Deux membres nommés par arrêté conjoint du garde des Sceaux, ministre de la justice, et du ministre de l'éducation nationale :

Un directeur d'institut d'études judiciaires ;

Un professeur des universités. », Art. 4, *ibid.*

¹⁷⁴⁵ « Le conseil d'administration se réunit sur la convocation de son président aussi souvent qu'il est nécessaire et au moins deux fois par an. La convocation du conseil est de droit si elle est demandée par la majorité de ses membres, par le directeur de l'école ou par le garde des Sceaux ministre de la justice », Art. 7, *op. cit.*

¹⁷⁴⁶ Art. 8, *ibid.*

¹⁷⁴⁷ « L'École nationale de la magistrature est dirigée par un directeur nommé par décret pris sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice. », Art. 2, *ibid.*

¹⁷⁴⁸ Décret du 15 juillet 2016 portant nomination (magistrature) - M. LEURENT (Olivier), JORF n°0164 du 16 juillet 2016, texte n°84.

d'une procédure novatrice rompant avec la manière de désignation jusqu'ici utilisée. Afin de désigner le directeur de l'ENM, il est mis en place un appel à candidature par circulaire. Les candidats seront entendus par un comité de sélection ad hoc afin d'informer et conseiller le garde des sceaux¹⁷⁴⁹. Le comité de sélection transmet au garde des sceaux sous forme de recommandations trois personnes particulièrement qualifiées pour la fonction de directeur. Cependant, l'avis du comité de sélection ne peut être conforme puisque selon l'article 2, le garde des sceaux est seul compétent dans le cadre de cette nomination. Ce changement de procédé de nomination permet ainsi de respecter « les exigences accrues de transparence, d'indépendance [...] pour choisir un directeur ou une directrice à la hauteur de la place centrale qu'elle occupe dans le monde judiciaire »¹⁷⁵⁰.

Cette nouvelle procédure de nomination du directeur de l'ENM permet, a contrario, de relever la faiblesse des nominations précédentes. On reconnaît au directeur de l'ENM un rôle capital qui était jusqu'ici choisi au bon vouloir du pouvoir politique. Cette nouvelle procédure apparaît « comme un aveu du caractère insatisfaisant de la situation actuelle »¹⁷⁵¹.

En l'état, cette nomination n'est qu'une expérimentation. C'est la première fois qu'elle est utilisée, sans être encadrée par aucune règle, par la volonté d'un seul garde des sceaux sans être sûr de créer un précédent. De plus, cette transparence est dénoncée par l'Union syndicale des magistrats¹⁷⁵² arguant d'une transparence de façade et de l'opacité la plus complète des auditions ou le manque d'objectivité des critères de recrutement.

La problématique de la dépendance est évidente concernant la présence du garde des sceaux à la tête de l'ENM. Disposant de pouvoir de contrôle conséquent sur l'École, sur son conseil d'administration et son directeur, il la maintient sous contrôle et potentiellement sous influence. Il est pour le moins problématique que l'organe chargé de former les magistrats à respecter l'indépendance comme premier devoir déontologique et d'insuffler un esprit de corps se retrouve à ce point sous le poids du pouvoir politique.

Enfin, la troisième lourde persistance du pouvoir politique au sein de la magistrature est le rôle joué par le ministère et la direction des services judiciaires (DSJ) lors des nominations et de la

¹⁷⁴⁹ Communiqué de presse du garde des sceaux, 13 juillet 2016, Olivier LEURENT nommé directeur de l'École nationale de la magistrature, p. 2.

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 1.

¹⁷⁵¹ D. LUDET, « la formation des magistrats », p. 51 ; in *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, colloque sous l'égide de la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2016, 240 p.

¹⁷⁵² Communiqué de presse de l'USM, 13 juillet 2016, Nomination du directeur de l'ENM : Pour une procédure plus transparente.

discipline. Tout d'abord, la DSJ fait partie de l'administration centrale du ministère de la Justice aux côtés de la direction des affaires criminelles et des grâces ou le secrétariat général pour ne citer que ces deux directions¹⁷⁵³. La DSJ se voit attribuer une compétence globale « d'organisation et de fonctionnement du service public judiciaire »¹⁷⁵⁴. De manière plus spécifique, elle est chargée d' « assurer le recrutement, la formation, l'emploi et la gestion des magistrats et de « régler et contrôler l'activité des personnes qui collaborent directement à l'exercice des fonctions juridictionnelles »¹⁷⁵⁵. Plus prosaïquement, la DSJ va intervenir de manière plus ou moins directe dans la nomination et la discipline des magistrats.

La direction des services judiciaires joue un rôle encore plus déterminant puisqu'elle intervient nécessairement pour la nomination de la plupart des magistrats, via la proposition du garde des sceaux. Dans le cadre de cette mission, elle exerce une prérogative essentielle. Elle doit établir les propositions de nominations pour le garde des sceaux.

Cependant, elle peut choisir « de ne pas initier le mouvement »¹⁷⁵⁶ des nominations de 93% des magistrats du siège soumis à la proposition du garde des sceaux et de ne pas les inscrire dans la transparence¹⁷⁵⁷. Ce rôle clé et moteur de la nomination échappant au CSM est attribué à une émanation du ministère de la Justice sous le contrôle direct du garde des sceaux. L'avis conforme du CSM nécessaire et protecteur est inutile dans ce cas. Si le pouvoir politique ne souhaite pas la nomination d'un magistrat, il suffit simplement de ne pas initier le mouvement au départ et de ne pas l'intégrer à la transparence, annihilant d'emblée toute l'effectivité du rôle du CSM. Qu'il soit conforme ou non, dans une telle situation, le CSM n'a tout simplement aucun avis à donner. La carrière des 93% des magistrats du siège est ainsi dans les mains du garde des sceaux¹⁷⁵⁸ lequel peut ainsi potentiellement les freiner.

Par ce simple détail, l'ensemble de la chaîne de nomination sur proposition du garde des sceaux peut dérailler et échapper alors au contrôle du CSM. Ce pouvoir du garde des sceaux est puissant et peut remettre à lui seul la notion d'indépendance des magistrats du siège sous le prisme de leur carrière privant le CSM d'assurer sa mission.

¹⁷⁵³ Art. 1, Décret n° 2008-689 du 9 juillet 2008 relatif à l'organisation du ministère de la justice, JORF n°0161 du 11 juillet 2008, texte n° 19.

¹⁷⁵⁴ Art. 3, *ibid.*

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*

¹⁷⁵⁶ M. LE POGAM, *Le conseil supérieur de la magistrature*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 76.

¹⁷⁵⁷ Art. 27-1, ord stat.

¹⁷⁵⁸ Syndicat de la magistrature, « Nominations : Qui a le pouvoir ? », *C'SM*, n°3, octobre 2014, p. 1.

Si le ministère via la DSJ peut influencer sur les nominations, il agit également en matière disciplinaire pouvant parasiter à nouveau sur la mission du CSM sur cet autre point crucial de l'indépendance des magistrats du siècle.

Le rôle du ministère dans la discipline se joue en amont de celle-ci, avant le déclenchement effectif de la procédure. Elle a néanmoins un impact sur cette dernière. Remplaçant l'inspection générale des services judiciaires instaurée dès 1958 prévoyant une mission d'inspection permanente sur certains personnels¹⁷⁵⁹, l'inspection générale de la justice¹⁷⁶⁰ (IGJ) dispose d'un périmètre d'action beaucoup plus large. L'IGJ est compétente pour exercer « une mission permanente d'inspection, de contrôle [...] des juridictions de l'ordre judiciaire »¹⁷⁶¹. L'IGJ est composée d'inspecteurs généraux pouvant être l'inspecteur général chef de l'IGJ qui peut être un magistrat¹⁷⁶². Le chef de l'inspection a forcément pour adjoint un magistrat¹⁷⁶³. La nomination des magistrats à l'IGJ se fait sur le seul avis simple du CSM¹⁷⁶⁴ est jugé satisfaisant pour le Conseil constitutionnel¹⁷⁶⁵. La nomination de l'inspecteur chef de l'inspection générale de la justice ne procède pas de la transparence. Ce dernier est seulement auditionné par le CSM¹⁷⁶⁶.

Pour ce qui concerne cette inspection permanente de l'ordre judiciaire, seuls des inspecteurs ayant la qualité de magistrats peuvent l'effectuer¹⁷⁶⁷. Il est en de même pour « les enquêtes

¹⁷⁵⁹ « L'inspecteur général des services judiciaires exerce des attributions d'inspection sur l'ensemble des organismes et services relevant du garde des sceaux. », Art. 8, décret du 25 juillet 1964, relatif à l'organisation du ministère de la justice, JORF du 28 juillet 1964, p. 6708.

¹⁷⁶⁰ Décret n° 2016-1675 du 5 décembre 2016 portant création de l'inspection générale de la justice, JORF n°0283 du 6 décembre 2016, texte n° 63. L'arrêté du 5 décembre 2016 précisant les modalités d'organisation de l'inspection générale de la justice et ses missions, JORF n°0283 du 6 décembre 2016, texte n° 64 modifié par l'arrêté du 30 décembre 2019 modifiant les dispositions de l'arrêté du 5 décembre 2016 précisant les modalités d'organisation de l'inspection générale de la justice et ses missions, JORF n°0303 du 31 décembre 2019 précise le fonctionnement de l'IGJ.

¹⁷⁶¹ Art.2, *ibid.*

¹⁷⁶² « L'inspection générale est composée d'inspecteurs généraux et d'inspecteurs recrutés parmi 1° Les magistrats de l'ordre judiciaire ;

2° Les membres issus des corps de directeurs des services de greffe judiciaires, des services pénitentiaires, des services de la protection judiciaire de la jeunesse et des services pénitentiaires d'insertion et de probation, ainsi que des emplois de directeur interrégional et de directeur fonctionnel des services pénitentiaires, de directeur fonctionnel des services de greffe judiciaires, des services de la protection judiciaire de la jeunesse et des services pénitentiaires d'insertion et de probation ;

3° Les membres des corps recrutés par la voie de l'Ecole nationale de l'administration ou appartenant à des corps et cadres d'emplois de même niveau de recrutement. », Art. 8, *Ibid.*

¹⁷⁶³ « L'inspecteur général, chef de l'inspection générale, est assisté dans ses fonctions : d'un adjoint désigné, sur sa proposition, par le garde des sceaux parmi les inspecteurs généraux ayant la qualité de magistrat qui, en son absence, le supplée dans ses attributions », Art. 9, *Ibid.*

¹⁷⁶⁴ Art. 28, *ordo. stat.*

¹⁷⁶⁵ DC n° 2016-732, 28 juillet 2016, JORF n°0186 du 11 août 2016, texte n° 2.

¹⁷⁶⁶ J-J. URVOAS, « L'Inspection générale de la Justice, au service du renforcement de l'efficacité des juridictions et du système judiciaire », *D. actu*, 13 janvier 2017.

¹⁷⁶⁷ Art. 14, *ibid.*

portant sur le comportement personnel ou professionnel de magistrats »¹⁷⁶⁸. Bien que reconnaissant la spécificité de la magistrature dont le contrôle ne se fait que par un magistrat, il n'en reste pas moins qu'il est diligenté par le garde des sceaux. Sous couvert d'un contrôle respectant des méthodes et règles déontologiques¹⁷⁶⁹, cette inspection fait l'objet d'un rapport (dont le contenu est libre) au garde des sceaux¹⁷⁷⁰. Le fait que le garde des sceaux soit seul destinataire des rapports d'enquête impacte nécessairement l'exercice du pouvoir disciplinaire. Parmi les trois entités capables de saisir le CSM, seul le garde des sceaux tire bénéfice de cette enquête. Le faible nombre de saisine par les Chefs de cours du CSM s'explique ainsi car ils ne peuvent saisir l'IGJ et n'ont pas connaissance du résultat des enquêtes menées¹⁷⁷¹. Le justiciable n'a pas non plus connaissance de ces enquêtes et de ses résultats.

In fine, le garde des sceaux demeure le décisionnaire principal en matière disciplinaire car le seul ayant une connaissance poussée des potentielles fautes disciplinaires, en priorité et avant le CSM.

Ainsi, un magistrat enquête sur un magistrat ou une juridiction dans le cadre d'une mission permanente sous le contrôle du garde des sceaux destinataire des informations recueillies par la dite mission. Cette enquête se fait en dehors de toutes fautes disciplinaires. Elle permet en revanche de la relever et de déclencher par la suite une enquête administrative préalable à l'enquête disciplinaire du CSM. Cette enquête se fait en dehors de toute réglementation. Elle ne se fonde que sur la déontologie des magistrats qui la mène¹⁷⁷².

Ce douteux mélange des genres où le pouvoir politique investit préventivement sur les magistrats ou les juridictions par le biais de magistrats soulève une interrogation légitime à l'aune de l'indépendance de la magistrature. Le CSM est seul compétent pour enquêter et juger les fautes disciplinaires car justement il est entouré de garanties d'indépendance du pouvoir politique. Néanmoins, l'inspection générale de la justice dispose de garanties suffisantes pour le Conseil d'État¹⁷⁷³ ne rompant pas ainsi les garanties d'indépendance de l'autorité judiciaire. La plus haute juridiction administrative précise que ces dispositions tiennent lieu de garanties

¹⁷⁶⁸ Art. 15, *ibid.*

¹⁷⁶⁹ Art. 12, *ibid.*

¹⁷⁷⁰ Art. 13, *ibid.*

¹⁷⁷¹ Rapport activité CSM, 2018, p. 83.

¹⁷⁷²J. JOLY-HURARD, « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats. », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 58 N°2, 2006, p. 463.

¹⁷⁷³ CE, 23 mars 2018, Syndicat Force ouvrière magistrats et autres, *Rec.*, n°406066, 406497, 406498, 407474.

contre l'influence du garde des sceaux. Ce dernier ne saurait donner des consignes pour l'enquête et que ce soit justement un magistrat d'un grade au moins égal qui fasse l'enquête¹⁷⁷⁴.

Cependant, ces garanties semblent très faibles puisqu'elles ne permettent pas à l'inspection générale de la justice de contrôler la Cour de cassation et ses magistrats. Cela reviendrait à remettre en cause indirectement l'indépendance de la magistrature en impactant le CSM¹⁷⁷⁵. C'est en cela que la création de l'inspection générale de la justice est hautement suspecte pour l'atteinte à l'indépendance de la Cour de cassation¹⁷⁷⁶. Le spectre de la dépendance qui planait sur la Cour de cassation et rejeté par le Conseil d'État, demeure sur le reste de la magistrature. Ce qui pose problème pour la Cour de cassation doit nécessairement poser problème pour les autres juridictions et magistrats¹⁷⁷⁷. Avant d'être à la tête du CSM, le premier président est avant tout un magistrat. L'indépendance est respectée tout en l'excluant du champ de compétence de l'inspection, niant ainsi celle des autres. La justification du bien-fondé de la mission de contrôle et des enquêtes est le magistrat inspecteur lui-même, comptant sur sa déontologie. À nouveau, il est confié au magistrat le devoir de garantir son indépendance du pouvoir politique, et pas l'inverse.

Cette persistance du pouvoir politique à l'égard du siège est bien réelle même si elle semblait vidée de sa substance grâce aux grandes avancées de l'indépendance. Toutes ces persistances une volonté de rester au cœur du jeu. Combinées ensemble, elles démontrent que le pouvoir politique est toujours présent et peut porter atteinte à l'indépendance. Même si il n'en fait rien et qu'il est de bonne foi, le simple fait de pouvoir toucher à l'indépendance suffit à détruire l'édifice en entier. Il ne peut y avoir d'indépendance à plusieurs vitesses, selon les juridictions ou les magistrats. La magistrature est indépendante ou ne l'est pas.

En plus d'une persistance à l'égard du siège, la seconde caractéristique majeure de la magistrature « à la Française » est son parquet. Le ministère public est le cœur battant du

¹⁷⁷⁴ V. à ce sujet, S. ROUSSEL, « Inspection générale de la justice : la Cour de cassation est hors champ », *Gaz. Pal.*, 17 juill. 2018, n° 329, p. 27.

¹⁷⁷⁵ « Le Conseil d'État censure cette innovation. En effet, il juge que, eu égard à la mission particulière confiée par le législateur à la Cour de cassation, placée au sommet de l'ordre judiciaire, et aux rôles confiés par la Constitution à son premier président et à son procureur général, notamment à la tête du CSM chargé d'assister le président de la République dans son rôle de garant de l'autorité judiciaire, le décret attaqué ne pouvait inclure la Cour de cassation dans le champ des missions de l'inspection générale sans prévoir de garanties supplémentaires relatives en particulier aux conditions dans lesquelles sont diligentées les inspections et enquêtes portant sur cette juridiction ou l'un de ses membres. », *Ibid.*

¹⁷⁷⁶ T. RENOUX, « La Cour de cassation dans le viseur (sélectif) du ministère de la Justice », *Dépêches JurisClasseur*, jeudi 15 décembre 2016.

¹⁷⁷⁷ H. PAULIAT, « L'inspection générale de la justice est indépendante ... mais pas suffisamment pour que la Cour de cassation en relève ! », *JCP. G*, 2 mars 2018, n°14, p. 670.

paradoxe de l'indépendance sous dépendance. La question paradoxale de l'indépendance du parquet se trouve même dorénavant posée.

II : L'émergence contemporaine de la question de l'indépendance du parquet

Face à la montée en puissance de l'indépendance de la magistrature dès 1958 qui toucha prioritairement les magistrats du siège, le parquet s'est retrouvé aspiré par ce mouvement. Le positionnement du ministère public vis-à-vis de l'indépendance du pouvoir politique est révélateur de la grande difficulté de concilier indépendance et nomination par le pouvoir politique. Dès lors, la question du parquet devient essentielle.

La magistrature est spéciale dans sa relation interne entre parquet et siège. L'ordonnance de 1958 concentre toute cette ambiguïté. L'article 1^{er} dispose que l'autorité judiciaire comporte les magistrats du siège et du parquet¹⁷⁷⁸. L'unité de la magistrature est donc garantie. Elle suppose ainsi une porosité entre le siège et le parquet, les magistrats pouvant passer de l'un à l'autre et inversement¹⁷⁷⁹. Malgré tout, cette unité cohabite avec une distinction majeure pour le parquet ; il demeure sous l'autorité du garde des sceaux¹⁷⁸⁰. Cette autorité oblige à observer pour les magistrats une indépendance les uns des autres, entre ceux du siège et du parquet¹⁷⁸¹. Ainsi sur cette relation spéciale, la magistrature est un corps uni qui possède intrinsèquement une frontière tantôt poreuse tantôt stricte. Les magistrats ne doivent faire qu'un mais en même temps doivent bien veiller à tenir leur distance. On décèle alors toute la problématique du parquet, de son appréhension au sein de la magistrature moderne.

¹⁷⁷⁸ « Le corps judiciaire comprend :

1° Les magistrats du siège et du parquet de la Cour de cassation, des cours d'appel et des tribunaux de première instance ainsi que les magistrats du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice ;

1° bis Les magistrats exerçant les fonctions d'inspecteur général, chef de l'inspection générale de la justice, d'inspecteur général de la justice et d'inspecteur de la justice ;

2° Les magistrats du siège et du parquet placés respectivement auprès du premier président et du procureur général d'une cour d'appel et ayant qualité pour exercer les fonctions du grade auquel ils appartiennent à la cour d'appel à laquelle ils sont rattachés et dans l'ensemble des tribunaux de première instance du ressort de ladite cour », Art. 1^{er}, Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551.

¹⁷⁷⁹ « II. - Tout magistrat a vocation à être nommé, au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet. », *ibid.*

¹⁷⁸⁰ Art. 5, *ibid.*

¹⁷⁸¹ « S'ils appartiennent à un même corps et exercent leurs fonctions dans un même lieu, les magistrats du siège et du parquet conservent et marquent publiquement leur indépendance les uns vis-à-vis des autres. », Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 2019, p. 17.

Originellement et sans que cela ne soit remis en question par et depuis la Constituante, les magistrats du ministère public ont toujours été des agents du pouvoir politique. La question de leur indépendance ne se posait alors pas du tout. La consécration de l'indépendance comme condition de légitimité a eu un impact certain sur le parquet et se retrouve dans une position étrange. Inexorablement attiré par ce principe fondamental, le statut du parquet s'est transformé pour se rapprocher de celui du siège. Il demeure néanmoins assez éloigné des garanties accordées au siège. Le statut du parquet emprunte quelques caractéristiques sans pour autant disposer des mêmes protections.

Constitutionnellement, seuls les magistrats du siège sont toujours inamovibles¹⁷⁸². Les magistrats du parquet n'ont jamais disposé de la première garantie d'indépendance créée pour éloigner le pouvoir politique de la magistrature. De prime abord, le parquet est alors dépendant du pouvoir politique. Les magistrats du siège sont eux indépendants.

Partant de ce constat assez simple, le statut du parquet va néanmoins connaître une évolution importante au contact de celui du siège et à leur rapprochement inévitable. Ne disposant pas de l'inamovibilité, en tant que garantie de première génération, le parquet n'aurait alors aucun intérêt à bénéficier des garanties de deuxième génération. Cependant, elles vont quand même être lui être appliquées avec quelques adaptations. Fondamentalement opposés, le siège et le parquet vont finir par se retrouver de plus en plus proche jusqu'à influencer sur la nature même du parquet.

Bien que diamétralement opposés dans leur relation vis-à-vis du pouvoir politique, les magistrats du siège et du parquet sont recrutés et formés de la même manière sans aucune distinction. Tous les futurs magistrats subissent le même recrutement et la même période de formation à l'ENM, sont tous auditeurs de justice. Ce n'est qu'après que les statuts divergent. Ainsi, il est garanti à tous les magistrats un recrutement fondé sur des critères objectifs et basé sur la compétence juridique des candidats. L'ENM fournit à tous une formation pour appréhender au mieux leur fonction de magistrat. Les magistrats du parquet bénéficient au même titre que ceux du siège de la garantie de leur compétence juridique, premier levier de l'indépendance.

La première différence fondamentale entre le statut du siège et du parquet concerne le rôle du CSM dans la nomination de membres du ministère public.

¹⁷⁸² Art. 64, Constitution de la Vème République du 4 novembre 1958.

Lors de la consécration en 1946 du CSM en matière de nomination, sa compétence pour le parquet est totalement niée. En effet, la Constitution de 1946 dispose que « le président de la République nomme, sur présentation du Conseil supérieur de la magistrature, les magistrats, à l'exception de ceux du parquet »¹⁷⁸³. La première partie de cet article, sur la compétence absolue du CSM pour le siège analysée révèle en creux l'incompétence pour le parquet. L'article ne laisse planer aucun doute, le CSM n'a pas à se prononcer sur la nomination des magistrats du parquet. Le pouvoir politique reste donc entièrement maître de la question.

La constitution de 1958 poursuit cette même logique mais abandonne toute mention explicite de cette incompétence pour simplement ne plus la mentionner¹⁷⁸⁴. L'effacement pur et simple de référence aux magistrats du parquet est en contradiction avec l'esprit même de la magistrature qui comprend les deux. Cette absence de référence crée un décalage trop important entre les magistrats. Pour combler ce vide, volontairement laissé par la Constitution, le Conseil constitutionnel affirmera de manière constante que le parquet fait partie intégrante de l'autorité judiciaire au même titre que le siège¹⁷⁸⁵. Le comité Vedel en 1993 souhaitait consacrer l'existence des magistrats du parquet de manière explicite au sein de la Constitution¹⁷⁸⁶.

En 1992, l'on trouvera pour la première fois un organe autre et extérieur au pouvoir politique intervenir dans le processus de nomination des magistrats du parquet rompant ainsi avec le contrôle sans partage du garde des sceaux. Une loi organique du 25 février 1992¹⁷⁸⁷ créa la commission consultative du parquet. Cette commission est composée du procureur général près la Cour de cassation, d'un représentant du garde des sceaux et de représentants des magistrats du parquet¹⁷⁸⁸. Elle a pour unique mission de donner un avis sur les nominations du parquet à

¹⁷⁸³ Art.84, Constitution de la IVème République, 1946.

¹⁷⁸⁴ « Le Conseil Supérieur de la Magistrature fait des propositions pour les nominations des 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 une loi organique sur les propositions du Ministre de la Justice relatives aux nominations des autres magistrats du siège », Art.65 de la Constitution de la Vème République de 1958 dans sa rédaction originelle.

¹⁷⁸⁵ « 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 ceux du parquet », DC n°93-356 du 11 août 1993, JORF du 15 août 1993, p. 11599, Rec. p. 217 ; DC n° 97-389 du 22 avril 1997, JORF du 25 avril 1997, p. 6271, Rec. p. 45 ; DC n°2002-461 du 29 août 2002, JORF du 10 septembre 2002, p.14953, Rec. p. 204.

¹⁷⁸⁶ « Le comité propose, pour l'article 64 de la Constitution, une rédaction qui, à côté des magistrats du siège, consacre l'existence des magistrats du parquet, chargés du ministère public. L'hétérogénéité des fonctions de ces deux corps de la magistrature traduite par des missions spécifiques et par un statut différent, qui est rendue plus visible dès le texte constitutionnel, manifeste ainsi, à travers leur complémentarité, l'unité de la fonction judiciaire. », Comité consultatif pour une révision de la Constitution Vedel, 15 février 1993, p. 51.

¹⁷⁸⁷ Loi organique du 25 février 1992 modifiant l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 29 février 1992, p. 3086.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*

l'exception de celles du procureur général près la Cour de cassation et près une Cour d'appel¹⁷⁸⁹. La composition de cette commission interpelle sur sa véritable utilité puisque le garde des sceaux reçoit l'avis de magistrats qu'il a nommé tout en excluant les plus hauts parquetiers de tout avis. Par l'instauration de cette commission, une tentative de maintien d'unité au sein de la magistrature est mise en œuvre pour que la nomination du parquet puisse se rapprocher de celle du siège tout en maintenant une distinction fondée sur la spécificité du parquet¹⁷⁹⁰.

C'est une expérimentation d'un processus partagé pour la nomination des parquets avant un véritable tournant dans leur approche. Peu après, la réforme constitutionnelle de 1993 fera basculer la nomination du parquet dans le champ de compétence du CSM. En effet, il est intégré au sein de l'article 65 de la Constitution de 1958 cette nouvelle compétence au CSM¹⁷⁹¹ grâce à la création d'une formation spécifique pour le parquet¹⁷⁹² parallèlement à celle pour le siège. Cette formation n'est plus composée uniquement de magistrats du parquet comme la commission consultative du parquet¹⁷⁹³. Le parquet redevient visible au sein de la Constitution. Elle a compétence pour se prononcer sur les parquetiers à l'exclusion des procureurs généraux toujours nommés en Conseil des ministres.

La réforme de 2008¹⁷⁹⁴ confirmera la formation parquet ne remettant pas en cause les acquis de 1993 tout en modifiant sa composition. Le CSM-parquet en formation nomination est présidée par le procureur général près la Cour de cassation, de cinq magistrats du parquet, d'un magistrat du siège et des mêmes personnalités extérieures que pour la formation siège¹⁷⁹⁵. Elle dispose

¹⁷⁸⁹ « Cette commission est chargée de donner un avis sur les propositions de nominations à l'ensemble des emplois du parquet formulées par le garde des sceaux, ministre de la justice, à l'exception de l'emploi de procureur général près la Cour de cassation et des emplois de procureur général près une cour d'appel. », *ibid.*

¹⁷⁹⁰ L. FAVOREU, « Brèves observations sur la situation du Parquet au regard de la Constitution », *Rev. sc. crim.*, octobre-décembre, 1994, p. 675.

¹⁷⁹¹ « La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis pour les nominations concernant les magistrats du parquet, à l'exception des emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres. », Loi organique du 27 juillet 1993, *op. cit.*

¹⁷⁹² « Le Conseil supérieur de la magistrature comprend deux formations, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre à l'égard des magistrats du parquet. », *ibid.*

¹⁷⁹³ « La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet comprend, outre le Président de la République et le garde des sceaux, cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège, le conseiller d'Etat et les trois personnalités mentionnés à l'alinéa précédent. », Art. 1, Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVIII (1), JORF n°172 du 28 juillet 1993, p. 10600. Les personnalités sont « trois personnalités n'appartenant ni au Parlement ni à l'ordre judiciaire, désignées respectivement par le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat. », *ibid.*

¹⁷⁹⁴ Art. 31, Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n°0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

¹⁷⁹⁵ « La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet est présidée par le procureur général près la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège, ainsi que le conseiller d'Etat, l'avocat et les six personnalités qualifiées mentionnés au deuxième alinéa. » Art. 65. Al 3, Constitution de la Vème République.

d'une composition identique à celle du siège, seule la répartition des magistrats change par effet miroir¹⁷⁹⁶. Les problématiques évoquées précédemment sur la composition du CSM-siège valent également pour le CSM-parquet. La réforme de 2008 donne pleine compétence au CSM pour se prononcer sur l'ensemble des magistrats du parquet¹⁷⁹⁷, supprimant la référence des nominations en conseil des ministres de la Constitution et dans la loi organique de 1994¹⁷⁹⁸.

À l'instar des magistrats du siège, le processus de nomination sur proposition du garde des sceaux dispose des mêmes règles et suit rigoureusement les mêmes étapes¹⁷⁹⁹. Cependant, le CSM en formation parquet ne dispose pas de la faculté d'initiative comme en dispose le CSM-siège. Le processus de nomination n'est plus dual. Seul le garde des sceaux a la main sur les propositions de nominations.

Comparé au siège, le CSM a perdu sa faculté de proposition mais n'a pas perdu que cela. Contrairement au CSM-siège disposant d'un avis conforme, le CSM-parquet ne dispose que d'un avis simple¹⁸⁰⁰. Il ne peut donner qu'un avis favorable ou défavorable.

Cette divergence sur la portée de l'avis tend à faire perdre au CSM toute effectivité. Le critère déterminant de l'avis conforme liant le pouvoir politique ne l'est plus pour le parquet. Il prend une importance capitale qui se doit d'être encadré par un processus strict car les conséquences sont grandes. Toutes ces contraintes se justifient moins pour le parquet. Pourquoi mettre en place un système complexe de rapport, d'audition, de délibéré si, in fine, l'avis n'est en rien décisif ? Il est absurde de mettre en place un régime équivalent à celui du siège aussi lourd et contraignant si la finalité diverge totalement. De manière pragmatique, il est inutile d'instaurer un processus aussi fastidieux de contrôle des propositions de nomination, d'effectuer de longues délibérations pour donner un avis qui n'aura aucun effet contraignant sur celui qui le demande. Ne demander aucun avis reviendrait au même point pour pousser le raisonnement à l'absurde.

Si la compétence semble limitée textuellement, elle a laissé place à une mise en œuvre pratique affirmant les compétences du CSM. Le CSM-parquet dépasse ses propres limites pour se

¹⁷⁹⁶ Si le CSM-parquet est composé de cinq magistrats du parquet et un du siège, le CSM-siège est composé de cinq magistrats du siège et un du parquet.

¹⁷⁹⁷ « 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 », loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, *op. cit.*

¹⁷⁹⁸ « A l'article 16 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 précitée, les mots : « autres que celles pourvues en conseil des ministres » sont supprimés. », Art. 13, L. org. du 22 juillet 2010, *op. cit.*

¹⁷⁹⁹ « Pour les nominations de magistrats aux fonctions du parquet, l'avis de la formation compétente du Conseil supérieur est donné sur les propositions du ministre de la justice et après un rapport fait par un membre de cette formation. », Art. 16, L. org. du 5 février 1994, *op. cit.*

¹⁸⁰⁰ Art. 65, Constitution de la Vème République.

rapprocher de son (faux) jumeau du siège. Le changement le plus fondamental concerne l'avis en lui-même. Par la pratique, l'avis simple du CSM-parquet est devenu un avis conforme de fait. Depuis 2012 et de manière coutumière, les gardes des sceaux successifs ne sont jamais passés outre l'avis du CSM, rompant ainsi avec le texte constitutionnel¹⁸⁰¹. L'avis simple devient alors un avis conforme purement fictionnel sur un engagement tacite entre le CSM et le garde des sceaux. Dès lors, il existe un gouffre abyssal entre le texte et la pratique maintenu par un équilibre précaire, sur le seul bon vouloir du garde des sceaux puisqu'il abandonne volontairement une attribution constitutionnelle. Le CSM joue un rôle secondaire dans cette pratique innovante, seul le garde des sceaux peut pérenniser ou faire écrouler une coutume si fragile. Quid d'un pouvoir politique beaucoup moins conciliant et d'un garde des sceaux plus prompt à ne pas laisser échapper son pouvoir ? Cette si belle entente CSM – pouvoir politique volerait sans nul doute en éclat.

Le rôle amoindri et précaire occupé par le CSM en matière de nomination l'est tout autant en matière disciplinaire. Soumis aux mêmes règles déontologiques que ceux du siège, les magistrats du parquet font face à une discipline adaptée.

A contrario de la nomination, la discipline du parquet est présente dès l'ordonnance de 1958¹⁸⁰² par la reprise de la commission de discipline du parquet¹⁸⁰³ composée uniquement de parquetiers ou de membres du ministère¹⁸⁰⁴. Ce n'est qu'après la réforme de 1993 que le CSM aura compétence en matière disciplinaire pour le parquet¹⁸⁰⁵. La réforme de 2008 recomposera comme pour la nomination la composition du CSM parquet en matière disciplinaire en rajoutant le magistrat du parquet normalement compétent au siège¹⁸⁰⁶.

¹⁸⁰¹ T. RENOUX, « Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs », *D.*, 2018, p. 953.

¹⁸⁰² « Il est créé auprès du ministère de la justice une commission de discipline du parquet. Aucune sanction contre un magistrat du parquet ne peut être prononcée que sur l'avis de ladite commission », Art. 59, Ord. Stat., *op. cit.*

¹⁸⁰³ Décret du 5 juin 1934 "commission consultative de discipline des magistrats du ministère public" devenue "commission de discipline du parquet", JORF du 6 juin 1934, p. 5579.

¹⁸⁰⁴ Art. 60, *op. cit.*

¹⁸⁰⁵ « Elle donne son avis sur les sanctions disciplinaires concernant les magistrats du parquet. Elle est alors présidée par le procureur général près la Cour de cassation. », Art. 1, Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVIII (1), JORF n° 172 du 28 juillet 1993, p. 10600.

¹⁸⁰⁶ « 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. Elle comprend alors, outre les membres visés au troisième alinéa, le magistrat du parquet appartenant à la formation compétente à l'égard des magistrats du siège », Art. 31, Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

Le CSM-parquet dispose d'une saisine quasiment similaire à celle du siège¹⁸⁰⁷, et d'une procédure semblable¹⁸⁰⁸.

La différence majeure se trouve dans l'examen de la faute disciplinaire et du prononcé de la sanction par rapport au siège. Il ne se prononce pas sur la faute ni sur la sanction, il ne donne qu'un simple avis. Après l'enquête, il donne un avis sur la sanction qu'il juge appropriée après avoir constaté ou non la présence d'une faute¹⁸⁰⁹. Cet avis n'est que simple, ne liant pas le garde des sceaux qui prononce la sanction. Comme pour la nomination, un accord tacite¹⁸¹⁰ est également passé entre le CSM et le garde des sceaux pour que l'avis simple soit le prononcé de la sanction que le garde des sceaux entérine. Le dernier avis évoquant la décision du garde des sceaux est en date du 09 septembre 2010¹⁸¹¹. À nouveau, le rôle du CSM a pris de l'ampleur mais reste toujours aussi fragile. Il est à noter que l'activité disciplinaire du parquet est moindre que celle du siège¹⁸¹² se partageant entre les manquements à ses obligations professionnelles et les manquements à la confiance au respect que la fonction de magistrat doit inspirer aux justiciables¹⁸¹³. Les manquements à l'indépendance sont largement minoritaires et concernent principalement le devoir d'impartialité¹⁸¹⁴. À travers l'extension *contra legem* des pouvoirs du CSM vis-à-vis du parquet, on note un rapprochement entre le siège et le parquet. Par le jeu des accords avec le garde des sceaux, le CSM dispose quasiment de la même force grâce à un avis conforme de fait.

Par les textes, le parquet se voit garantir sa compétence juridique. Par les faits, le parquet se voit garantir un contrôle par le CSM de sa nomination et de sa discipline. Dès lors, il bénéficie des mêmes garanties d'indépendance que le siège mise à part l'inamovibilité. De ce constat, la question de l'indépendance du parquet ne peut que surgir, à travers celle de l'autorité judiciaire. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé à plusieurs reprises¹⁸¹⁵ sur la question du parquet et

¹⁸⁰⁷ Art. 63, Ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551 et s.

¹⁸⁰⁸ Art. 63-1 à 65, *ibid.*

¹⁸⁰⁹ Art., 65-1

¹⁸¹⁰ J. ROUX, « Le parquet au milieu du gué », *AJDA*, 2018, p. 509.

¹⁸¹¹ Avis CSM, P064.

¹⁸¹² 87 avis disciplinaires par la formation siège depuis 1959 contre 234 décisions pour le siège.

¹⁸¹³ 113 références pour le premier, 130 pour le second.

¹⁸¹⁴ Participation en tant que représentant du ministère public au tribunal de commerce pour le redressement d'une société gérée par l'employeur de son épouse, P081, 13 janvier 2015 ; Mis en œuvre d'une mesure de médiation pour provoquer une relation sexuelle avec une justiciable, P060, 21 novembre 2008.

¹⁸¹⁵ V. par ex. ; DC n° 92-305 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 ; DC du 11 août 1993 n° 93-326 - Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale sur le rôle du procureur dans la garde à vue en tant qu'autorité judiciaire.

de son appartenance à l'autorité judiciaire. Pour la première fois en 2016¹⁸¹⁶, il a été considéré que l'autorité judiciaire est indépendante et que le parquet faisant partie de l'autorité judiciaire. Par conséquent, le parquet est alors indépendant à travers un exercice libre de sa mission¹⁸¹⁷.

La dernière en date est vraisemblablement la plus importante puisqu'elle vise l'ordonnance de 1958, directement au cœur du statut de la magistrature et plus particulièrement celui du parquet. La décision du 8 décembre 2017¹⁸¹⁸ porte sur l'article 5 de l'ordonnance statutaire prévoyant que les magistrats du parquet se trouvent sous l'autorité du garde des sceaux¹⁸¹⁹. Renvoyée par le Conseil d'État, la QPC était déclenchée par le syndicat de la magistrature précisément sur la question de la subordination du parquet au pouvoir politique. Il la considérait comme contraire à l'article 64 de la Constitution sur l'indépendance de la magistrature découlant de la séparation des pouvoirs prévue à l'article 16 de la DDHC.

Le Conseil constitutionnel reconnaît l'autorité du garde des sceaux en disposant de prérogatives sur la nomination et la discipline. Il estime aussi que cette autorité est nécessaire pour mener à bien la politique pénale découlant de l'article 20 de la Constitution, dans son rôle « d'agent du pouvoir » historique. L'exercice de cette mission n'étant soumis qu'à des instructions générales mises en œuvre librement¹⁸²⁰ par l'abandon des instructions individuelles en 2013¹⁸²¹, qu'à des investigations à charge et à décharge librement¹⁸²², à la liberté de l'opportunité des poursuites¹⁸²³ et de sa parole à l'audience¹⁸²⁴.

Il est ainsi mis indirectement en confrontation l'indépendance statutaire et l'indépendance fonctionnelle du magistrat du parquet. Pour le Conseil constitutionnel, « les dispositions contestées assurent une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité

¹⁸¹⁶ La question centrale du statut du parquet vis-à-vis du garde des sceaux d'un point de vue constitutionnel était sans réponse pendant longtemps. V. à ce sujet, P. MBONGO, « L'originalité statutaire des magistrats du parquet et la Constitution », *Pouvoirs*, n°115, 2005/4, p. 167 – 176.

¹⁸¹⁷ QPC n° 2016-555 du 22 juillet 2016, M. Karim B. [Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration], JORF n°0171 du 24 juillet 2016, texte n° 29.

¹⁸¹⁸ QPC n° 2017 - 680, 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet], JORF n°0287 du 9 décembre 2017, texte n° 186.

¹⁸¹⁹ Art.5, Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551.

¹⁸²⁰ Art. 30, C. pr. pén.

¹⁸²¹ Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, JORF n°0172 du 26 juillet 2013, p. 12441.

¹⁸²² Art. 39-3, C. pr. pén.

¹⁸²³ Art. 40-1, C. pr. pén.

¹⁸²⁴ Art. 5, Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551.

judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution. Elles ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs¹⁸²⁵. La rédaction de l'article 5 et la référence explicite à l'autorité du garde des sceaux est conforme à la Constitution. Le Conseil considère alors que le parquet est indépendant. Il faut prévaloir l'indépendance fonctionnelle qui est assurée sur l'indépendance statutaire plus que jamais déboussolée. Le Conseil constitutionnel fait une appréciation *in concreto*¹⁸²⁶ de l'indépendance au regard de la liberté accordée au parquet dans l'exercice de sa mission agissant comme une garantie de son indépendance (fonctionnelle). L'ambiguïté subsiste toujours à travers l'appréciation *in abstracto* sur son indépendance statutaire. Il fait primer l'argument fonctionnel tout en reconnaissant les limites organiques du parquet¹⁸²⁷.

Cette décision tend à légitimer l'intervention du ministère public dans la procédure mais ne mesure pas assez l'aspect statutaire du parquet. Sa complexité ne saurait être compensée par les seules garanties fonctionnelles.

Depuis 1958, le parquet a été totalement dénaturé et laissé au milieu du gué¹⁸²⁸ entre une indépendance fonctionnelle jugée suffisante et une indépendance statutaire qui se développe mais plus que jamais précaire. Le parquet, figure historique du pouvoir politique, s'est rapprochée du siège jusqu'à obtenir des garanties presque similaires via l'avis conforme.

La question de la prohibition des instructions individuelles va évidemment dans le sens d'une meilleure indépendance¹⁸²⁹ mais ne joue que sur l'aspect fonctionnel de la question. Il est impossible de concilier valablement l'indépendance fonctionnelle et statutaire sans toucher au fondement même du ministère public. Cette décision de 2017 met en lumière à nouveau tout le paradoxe touchant la magistrature. Il ne peut pas être agent du pouvoir dans sa conception et en même temps indépendant à travers son évolution, tout comme il est difficile pour le siège d'être vraiment indépendant. Le parquet ne peut pas se revendiquer indépendant s'il est amovible.

Le parquet ne peut pas être indépendant à l'instar du siège tout en étant sous l'autorité du garde des sceaux. Il tend au maximum vers l'indépendance, allant ainsi à l'encontre de sa raison d'être. Il continue d'être sous dépendance, seulement compensée par des garanties procédurales

¹⁸²⁵ Décision n° 2017 - 680 QPC, 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet], JORF n°0287 du 9 décembre 2017, texte n° 186.

¹⁸²⁶ H. MATSOPOULOU, « L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet », *JCP. G.*, n°3, 15 janvier 2018, p. 78 – 82.

¹⁸²⁷ E. BONIS, « L'indépendance des magistrats du parquet ou le difficile exercice d'équilibriste du Conseil Constitutionnel », *D. pénal*, n°3, février 2018, étude 3, p. 9.

¹⁸²⁸ J. ROUX, « Le parquet au milieu du gué », *AJDA*, 2018, p. 509.

¹⁸²⁹ P. LYON-CAEN, « Vers un parquet indépendant ? », *D.*, 2013, p. 1359.

et des accords tacites avec le pouvoir politique. Il ne peut pas être indépendant et dépendant à la fois, selon les points de vue. En réalité, c'est un équilibre impossible à tenir¹⁸³⁰.

Malgré tout, le Conseil entérine une solution « où la logique de conciliation à tout prix l'emporte sur une logique strictement juridique »¹⁸³¹. Il ne peut pas faire autrement. Le parquet n'est la résultante que d'une ambiguïté jamais résolue. Le modèle choisi pour garantir au parquet son indépendance est le statut du siège qui est lui-même pas totalement indépendant. Il ne peut y avoir d'indépendance ou de dépendance à demi-mesure ; soit on l'est, soit on ne l'est pas.

On aboutit ainsi à la conception française du parquet et d'une définition tout à fait singulière de l'indépendance. Même le principe d'impartialité auquel il est tenu dispose de spécificités tenant à la nature de ses fonctions¹⁸³². Il ne peut en être autrement. Cette décision rend difficile en l'état une transformation du parquet et de sa conception, d'une indépendance dans un rapport de soumission¹⁸³³.

En plus de ce parquet « à la Française », il subsiste des fortes interférences du pouvoir politique au niveau du siège. Tout ceci combiné amène à relativiser l'indépendance de la magistrature et sa conception spécifique à la France.

La notion d'indépendance, si prégnante à travers son histoire mouvementée, n'est pas qu'une spécificité française. Elle dépasse largement le cadre de nos frontières pour trouver à se définir et à s'appliquer à une échelle plus grande. Fatalement, cette conception française si particulière va se confronter à d'autres standards de l'indépendance de la magistrature plus consensuels. La validité de cette conception ne peut être appréciée qu'à l'aune d'une définition plus large dépassant le seul cadre français. Il est vital de s'intéresser à une idée d'indépendance, défaite d'une histoire si particulière, affectant nécessairement la magistrature et son rapport à l'indépendance.

¹⁸³⁰ H. LEHMAN, « Poser le parquet au bon endroit », *AJ Pénal*, 2018, p. 356.

¹⁸³¹ E. OLIVA, M.R. DONNARUMMA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°114, 2018, p. 477.

¹⁸³² V. à ce sujet : P. GOASDOUE, *L'impartialité du ministère public*, Paris, Bibliothèques de droit, L'Harmattan, 2018, 253 p.

¹⁸³³ V. DUVAL, « Indépendance du parquet : rêve inaccessible après la décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2017 ? », *Gaz. Pal.*, 6 févr. 2018, n°312, p. 31.

Paragraphe 2 : La conception universelle de la notion d'indépendance de la magistrature

L'indépendance n'est pas un principe franco-français autocentré et qui ne trouve qu'à s'appliquer à la magistrature française. Elle est définie de manière internationale et européenne dégageant ainsi un consensus sur la notion d'indépendance (I). Un tel consensus va entraîner une standardisation des magistratures sur ces principes consacrés (II).

I : Un consensus sur le principe d'indépendance de la magistrature

L'indépendance est un principe universel et globalisé. Elle est un indicateur assez précieux pour jauger du degré démocratique d'une nation à l'aune de son rapport à sa magistrature. Dès lors, il est nécessaire d'établir des règles permettant de mettre en œuvre une réelle indépendance d'une magistrature. Afin d'examiner ces standards, il convient d'analyser deux niveaux distincts définissant cette notion d'indépendance, un niveau international et européen.

Au niveau international, l'indépendance est garantie par la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁸³⁴ et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁸³⁵ évoquant la notion de tribunal indépendant. Deux principaux textes, sous l'égide de l'ONU, définissent l'indépendance de la magistrature. Les « basics principles of the independence of the judiciary »¹⁸³⁶ et les « bangalores principles of judicial conduct »¹⁸³⁷ visent à encadrer l'indépendance par l'énonciation de grands principes permettant de la garantir.

La notion d'indépendance, relevée par ces deux textes, recoupe plusieurs dépendances distinctes. Pour la magistrature, les liens de dépendances peuvent être multiples. Ils placent

¹⁸³⁴ « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. », Art. 10, Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1958.

¹⁸³⁵ « Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. », Art. 14.1, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

¹⁸³⁶ Principes basiques de l'indépendance de la magistrature, adoptés par le 17^{ème} congrès de la prévention des crimes de Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et approuvés par l'Assemblée générale des nations unies par les résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985.

¹⁸³⁷ Projet de Bangalore 2001 sur un code de déontologie judiciaire, adopté par le Groupe judiciaire sur le renforcement de l'intégrité de la justice et révisé lors de la table ronde des premiers présidents organisée au Palais de la Paix à La Haye les 25 et 26 novembre 2002.

l'indépendance comme une priorité pour les nations chargées de la garantir par la loi ou la constitution¹⁸³⁸. Elle est un pré requis essentielle à l'exercice de la justice¹⁸³⁹. L'indépendance se trouve dans la prévention de toutes sortes d'influences au sens large¹⁸⁴⁰. Ces influences très variées, pouvant provenir de diverses entités¹⁸⁴¹ dont le pouvoir politique. Il devra s'abstenir d'entretenir toute relation inappropriée et se défendra contre tout en montrant « aux yeux d'un observateur raisonnable » que ces principes d'indépendance sont respectés¹⁸⁴². Fort d'une déontologie solide, l'indépendance permet de renforcer la confiance du public dans la magistrature, « confiance fondamentale pour le maintien de l'indépendance de la justice »¹⁸⁴³.

Inspirés par 32 codes de déontologies nationaux ou transnationaux¹⁸⁴⁴, ces textes doivent servir à inspirer à leur tour les nations qui en sont dépourvus ou qui ne parviennent pas à garantir l'indépendance. Les règles posées sont les plus générales possibles permettant le développement de règles nationales sur cette base¹⁸⁴⁵. Au-delà d'un cadre, de surcroît non contraignant, ils fixent un but vers lequel tendre. De plus, les principes basiques évoque, de façon très générale aussi, une nécessité de réguler la procédure disciplinaire, les suspensions et les révocations en les accordant avec les principes d'indépendance¹⁸⁴⁶.

Au niveau européen, les textes dépasse le simple objectif que doit être l'indépendance et fixe un standard plus poussé avec les moyens pour y parvenir. La magistrature française est à la fois irriguée et analysée par l'ensemble de ces textes.

¹⁸³⁸ Art.1, Principes basiques de l'indépendance de la magistrature, *op. cit.*

¹⁸³⁹ « L'indépendance de la magistrature est une exigence préalable du principe de légalité et la garantie fondamentale d'un procès équitable », 1^{ère} valeur, Indépendance, principe, Projet de Bangalore, *op. cit.*

¹⁸⁴⁰ « Sans influences extérieures, incitations, pressions, menaces ou interférences directes ou indirectes de la part de n'importe quelle partie ou pour n'importe quelle raison. », *ibid.* Les principes basiques évoquent la notion d'ingérence (interférence en anglais).

¹⁸⁴¹ De la société en général, des parties, des collègues magistrats ; Art. 1.2, 1.4, *ibid.*

¹⁸⁴² Art. 1.3, *ibid.*

¹⁸⁴³ Art. 1.4, *ibid.*

¹⁸⁴⁴ Par ex., Le Code de déontologie judiciaire adopté par la chambre des délégués de l'American Bar Association, août 1972 ; La Charte européenne sur le statut des juges, Conseil de l'Europe, juillet 1998 ; Le Code de déontologie judiciaire des Philippines, septembre 1989 ; La Déclaration de Pékin sur les Principes de l'indépendance de l'appareil judiciaire dans la région de l'Association juridique de l'Asie et du Pacifique, adoptée par la 6^{ème} Conférence des premiers présidents, août 1997.

¹⁸⁴⁵ « Applicability of the bangalore principles to the ugandan judiciary as a tool for improving judicial ethics and accountability », A paper Presented by Hon. Justice (Rtd) James Ogoola at the 21st Annual Judges Conference, 28th -31st January 2019, Serena Hotel, Kampala.

¹⁸⁴⁶ Art. 17, 18, 19 et 20 ; Discipline, suspension et removal, Principes basiques de l'indépendance de la magistrature, adoptés par le 17^{ème} congrès de la prévention des crimes de Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et approuvés par l'Assemblée générale des nations unis par les résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985.

De façon univoque, la Convention européenne des droits de l'Homme (CvEDH) impose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal indépendant »¹⁸⁴⁷. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pose le même principe¹⁸⁴⁸. La question est dès lors de savoir comment est définie l'indépendance par la CEDH et les garanties pour y parvenir. Une recommandation de 1994¹⁸⁴⁹ mise à jour en 2010¹⁸⁵⁰ sur l'indépendance des juges est venue apporter du relief à ce principe. Toutes ces recommandations ne concernent que les juges.

Tout d'abord, elle pose clairement l'indépendance comme la clef de la confiance des justiciables dans le système judiciaire. Elle est un élément central de tout État de droit, de la démocratie¹⁸⁵¹. Pour elle, l'indépendance du pouvoir politique relève de l'indépendance externe. Elle constitue¹⁸⁵², non pas une faveur pour la magistrature, mais une garantie de l'État de droit contre une influence indue¹⁸⁵³.

Pour parvenir à l'indépendance en évitant les influences indues du pouvoir politique, la recommandation évoque des mécanismes pouvant la pérenniser. Ainsi, elle recommande l'instauration d'un conseil de justice indépendant, chargé de garantir l'indépendance de la magistrature et des magistrats. Au moins la moitié des membres de ce conseil doit être des magistrats choisis par leurs pairs. Il devra garantir sa propre transparence envers les juges et la société et ne pas interférer avec l'indépendance individuelle des juges¹⁸⁵⁴. La recommandation évoque également des règles nécessaires à l'aune de l'élaboration du statut des juges. Il convient d'instaurer des règles objectives de recrutement, basées sur le mérite, les qualifications et compétences comme un concours¹⁸⁵⁵ et non discriminatoires¹⁸⁵⁶. Une autorité indépendante doit avoir compétence pour le recrutement, la nomination et la carrière des juges autorisant

¹⁸⁴⁷ Art. 6, CvEDH.

¹⁸⁴⁸ « 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 préalablement par la loi. », Article 47 - Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

¹⁸⁴⁹ Recommandation N° R (94) 12, Comité des ministres aux États membres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, adoptée par le Comité des Ministres le 13 octobre 1994, lors de la 518^e réunion des Délégués des Ministres, Conseil de l'Europe.

¹⁸⁵⁰ Recommandation CM/Rec(2010)12, Comité des ministres aux États membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, adoptée par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010, lors de la 1098^e réunion des Délégués des Ministres, Conseil de l'Europe.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 5-6

¹⁸⁵² A contrario de l'indépendance interne, qui relève du rapport entre les magistrats et d'une indépendance dans l'exercice de leurs fonctions respectives.

¹⁸⁵³ Art. 12, *ibid.*

¹⁸⁵⁴ Chapitre IV – Conseil de justice, Art. 26 – 29, *ibid.*

¹⁸⁵⁵ Art. 44, *ibid.*

¹⁸⁵⁶ « Toute forme de discrimination à l'encontre des juges ou candidats, à une fonction judiciaire, fondée sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques [...] devrait être bannie », Art. 45, *ibid.*

néanmoins le pouvoir politique à intervenir sous réserve de la présence d'une autorité indépendante à ses côtés¹⁸⁵⁷. L'inamovibilité est considérée comme un élément clé de l'indépendance des juges, uniquement révocable pour cause disciplinaire, d'incompétence ou de retraite anticipée¹⁸⁵⁸.

Pour fortifier l'indépendance, en plus de l'inamovibilité, le Conseil de l'Europe préconise une rémunération suffisante pour éviter toute pression¹⁸⁵⁹, l'instauration d'une formation initiale et continue assurée par une autorité indépendante¹⁸⁶⁰. Les juges devraient être évalués sur des critères objectifs et pouvant être soumis à une procédure disciplinaire conduite par une autorité indépendante¹⁸⁶¹. Ils doivent se doter d'une éthique entraînant la confiance du public, assisté par un conseil d'éthique auprès du pouvoir judiciaire¹⁸⁶².

Partant de cette recommandation, plusieurs autres textes reprennent ces dispositions. Ainsi, la Charte européenne sur le statut des juges¹⁸⁶³ reprend l'ensemble des éléments de la recommandation tant sur le recrutement, la formation, la discipline, l'autorité indépendante, etc. La Magna Carta des juges¹⁸⁶⁴ reprend ces mêmes éléments faisant un lien important entre l'indépendance et ces recommandations. Clairement, la régulation du recrutement, de la nomination, de la discipline, de la formation, de la rémunération par une autorité indépendante du pouvoir politique sont des garanties de l'indépendance. Le même constat peut être fait sur le rapport de la Commission de Venise¹⁸⁶⁵ concernant les juges.

Fort de ces nombreux textes dégagant un consensus sur l'indépendance des juges et des garanties pour y parvenir, les juges eux-mêmes ont élaboré un statut en faisant la synthèse. Tant au niveau international¹⁸⁶⁶ qu'européen¹⁸⁶⁷, ces statuts reprennent les dispositions présentées

¹⁸⁵⁷ "Toutefois, lorsque les dispositions constitutionnelles ou législatives prévoient que le chef de l'Etat, le gouvernement ou le pouvoir législatif prennent des décisions concernant la sélection et la carrière des juges, une autorité indépendante et compétente, composée d'une part substantielle de membres issus du pouvoir judiciaire devrait être habilitée à faire des propositions ou à émettre des avis que l'autorité pertinente de nomination suit dans la pratique », Art. 47, *ibid.*

¹⁸⁵⁸ Art. 49 et s., *ibid.*

¹⁸⁵⁹ Art. 53 et s., *ibid.*

¹⁸⁶⁰ Art. 56 et 57, *ibid.*

¹⁸⁶¹ Art. 69 – 71, *ibid.*

¹⁸⁶² Art. 72 – 74, *ibid.*

¹⁸⁶³ Charte européenne sur le statut des Juges édictée par le Conseil de l'Europe (Strasbourg – juillet 1998).

¹⁸⁶⁴ Magna Carta des juges (Principes fondamentaux), Conseil consultatif des juges européens, adopté, lors de sa 11ème réunion plénière (Strasbourg), 17-19 novembre 2010.

¹⁸⁶⁵ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Rapport sur l'indépendance du système judiciaire, partie I : l'indépendance des juges, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 82e session plénière (Venise, 12-13 mars 2010).

¹⁸⁶⁶ Union internationale des magistrats, Statut universel du juge, Adopté par le Conseil central de l'UIM à Taiwan le 17 novembre 1999 mis à jour à Santiago du Chili le 14 novembre 2017.

¹⁸⁶⁷ Association européenne des juges, charte européenne sur le statut des juges, 1993.

ici. L'indépendance doit être garantie au niveau constitutionnel, avec une magistrature réellement distincte du pouvoir politique, inamovible, assurée par un Conseil de Justice. Le recrutement, la formation, la nomination et la discipline sont assurés par une autorité indépendante et sur des critères objectifs.

Jusqu'ici la notion d'indépendance définie et encadrée par tous ces textes ne concerne que les juges, les magistrats du siège. Les magistrats du parquet n'en relève donc pas. La question de l'indépendance du ministère public se pose alors en des termes différents.

En 1990, l'ONU¹⁸⁶⁸ posait quelques principes applicables spécifiquement au parquet permettant d'« aider les États Membres à assurer et à promouvoir l'efficacité, l'impartialité et l'équité du parquet dans les poursuites pénales »¹⁸⁶⁹. D'emblée, à la différence des juges, il n'est pas question d'indépendance stricto sensu. Même si le recrutement, la promotion, la rémunération et la formation se font dans des conditions similaires ceux du siège. Il n'y aucune référence à l'indépendance. Le ministère public doit pouvoir exercer ses fonctions « sans ingérence infondée »¹⁸⁷⁰ dans le cadre de son rôle actif dans la procédure pénale. Pour la discipline, pas de référence à une autorité indépendante, seulement elle doit être menée équitablement¹⁸⁷¹.

Le Conseil de l'Europe suit cette ligne tracée par une recommandation de 2000¹⁸⁷². Listant les compétences normalement attribuées au ministère public¹⁸⁷³, elle reprend la nécessité de garantir tout comme le texte de 2000 des conditions objectives de recrutement, de carrière et de discipline. La recommandation évoque clairement les rapports entre le parquet et le pouvoir politique. Elle distingue le ministère public indépendant ou non indépendant du pouvoir. S'il est indépendant, le droit interne doit reconnaître son indépendance et le garantir¹⁸⁷⁴. Dans le cas où il ne l'est pas, une série de garanties doit permettre un certain contrôle dans les rapports avec

¹⁸⁶⁸ Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet, Adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 1.

¹⁸⁷⁰ Art.4, p 2, *ibid.*

¹⁸⁷¹ Art. 21, p. 4, *ibid.*

¹⁸⁷² La Recommandation Rec (2000)19 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 6 octobre 2000.

¹⁸⁷³ « 2. Dans tous les systèmes de justice pénale, le ministère public : décide s'il y a lieu d'engager ou de continuer les poursuites ; exerce les poursuites devant les tribunaux ; peut former des recours à l'encontre de toutes ou certaines décisions de justice. 3. Dans certains systèmes de justice pénale, le ministère public également : met en œuvre la politique pénale nationale, en l'adaptant, le cas échéant, aux réalités régionales ou locales ; conduit, dirige ou supervise l'enquête ; veille à ce que les victimes reçoivent aide et assistance effectives ; décide des mesures alternatives à la poursuite ; supervise la mise à exécution des décisions de justice ; etc. », *ibid.*, p.4.

¹⁸⁷⁴ Art. 14, *ibid.*

le pouvoir politique¹⁸⁷⁵. Le choix est laissé libre pour les États membres sur la question de la subordination puisque l'harmonisation sur ce point serait trop précoce¹⁸⁷⁶.

Cette subordination reste néanmoins précaire puisque « l'indépendance et l'autonomie du ministère public constituent un corollaire indispensable à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Par conséquent, la tendance générale à renforcer l'indépendance et l'autonomie effective du ministère public devrait être encouragée »¹⁸⁷⁷. Cette indépendance est recherchée pour un exercice équitable, objectif et impartial des fonctions du ministère public¹⁸⁷⁸.

Il semblerait ici que l'objectif est la recherche d'une indépendance fonctionnelle du parquet. Néanmoins, la possibilité d'une indépendance statutaire marquée par l'inamovibilité est évoquée pour éviter toute influence¹⁸⁷⁹ tandis que la simple autonomie est mentionnée pour l'exercice des fonctions¹⁸⁸⁰. In fine, la problématique du parquet est toujours celle de l'indépendance face à l'ingérence politique. Elle peut parasiter l'exercice de ses fonctions pouvant se contenter de directives générales, transparentes et maintenant une perception d'indépendance de l'autorité de qui émane la directive¹⁸⁸¹.

¹⁸⁷⁵ « a. la nature et l'étendue des pouvoirs du gouvernement vis-à-vis du ministère public soient précisées par la loi ; b. le gouvernement exerce ses pouvoirs de manière transparente et conformément aux traités internationaux, au droit interne et aux principes généraux du droit ;

c. toute instruction à caractère général émanant du gouvernement revête une forme écrite et soit publiée selon des modalités appropriées ; d. lorsque le gouvernement est habilité à donner des instructions de poursuite dans une affaire spécifique, celles-ci s'accompagnent de garanties suffisantes de transparence et d'équité, dans les conditions prévues par la loi nationale, le gouvernement étant, par exemple, astreint :

- à solliciter au préalable l'avis écrit du ministère public compétent ou de l'organe représentatif du corps ;
- à dûment motiver ses instructions écrites, tout particulièrement lorsqu'elles ne concordent pas avec cet avis et à les acheminer par la voie hiérarchique ;

7 - avant l'audience, à verser au dossier de la procédure pénale les instructions et avis, et à les soumettre au débat contradictoire ; e. le ministère public conserve le droit de soumettre à la juridiction tout argument juridique, même dans les cas où, lorsqu'il la saisi par écrit, il est dans l'obligation de le faire dans le sens des instructions qu'il a reçues ;

f. les instructions individuelles de non poursuite soient, en principe, prohibées et que, s'il n'en est pas ainsi, de telles instructions, par ailleurs exceptionnelles, soient assujetties non seulement aux règles énoncées aux paragraphes d. et e. mais également à un contrôle spécifique approprié dans le but notamment de garantir la transparence. », Art. 13, *ibid.*

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 22.

¹⁸⁷⁷ IV., Avis n°9 (2014), sur les normes et principes européens concernant les procureurs, du Conseil consultatif de procureurs européens (CCPE) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Approuvé par le CCPE à Rome le 17 décembre 2014.

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 3.

¹⁸⁷⁹ Déclaration de Bordeaux du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) et du Conseil consultatif de procureurs européens (CCPE) intitulée « Juges et procureurs dans une société démocratique », 2 juillet 2009.

¹⁸⁸⁰ Lignes directrices européennes sur l'éthique et la conduite des membres du ministère public, les « Lignes directrices de Budapest », Conférence des procureurs généraux d'Europe, Budapest, 29-31 mai 2005.

¹⁸⁸¹ Association Internationale des Procureurs, Les normes de responsabilité professionnelle et la Déclaration des droits et devoirs essentiels des procureurs et poursuivants de 1999, normes de responsabilité professionnelle et déclaration des droits et devoirs essentiels des procureurs et poursuivants, adoptées par l'association internationale des procureurs et poursuivants le 23 avril 1999.

La Commission de Venise, qui avait présenté un rapport sur l'indépendance du système judiciaire pour les juges, en a rendu un spécifique au ministère public¹⁸⁸². Sans surprise, la problématique de l'indépendance est moins tranchée que pour les juges. Reprenant la notion d'indépendance externe, utilisée pour le siège, elle évoque l'impossibilité des instructions individuelles tout en conciliant les instructions collectives rompant « par essence avec l'indépendance des juges »¹⁸⁸³.

L'ensemble de ces textes semble dégager un consensus assez important sur l'indépendance de la magistrature. Gagner la confiance des justiciables est l'objectif de l'indépendance, objectif qui ressort fortement de l'ensemble de ces derniers.

II : Une standardisation des magistratures européennes par l'indépendance.

Cette uniformisation de la notion d'indépendance et des garanties qu'elle exige engendre nécessairement le ralliement progressif des magistratures européennes à un standard. Elle a eu un impact certain. Les rapports¹⁸⁸⁴ de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) centralisent les données relatives à ces garanties. Les pays européens sont un bon échantillon d'appréciation de l'effet de l'universalisation de l'indépendance à travers des critères de comparaison objectifs. La France est bien sur comprise dans ce grand mouvement de standardisation. La standardisation des magistratures ne veut pas dire uniformisation. Même si la notion est uniforme, les manières d'y parvenir peuvent être différentes. L'objectif d'indépendance façonne alors les magistratures.

La CEPEJ a analysé et compilé la pratique de l'indépendance de 45 pays différents¹⁸⁸⁵. Il se dégage alors des consensus plus ou moins larges sur les garanties d'indépendance devant être mises en œuvre. Les diverses recommandations et textes encadrant l'indépendance ont eu un

¹⁸⁸² Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Rapport sur l'indépendance du système judiciaire, partie II : Le ministère public, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 85e session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010).

¹⁸⁸³ *Ibid.*, p. 9

¹⁸⁸⁴ *Systèmes judiciaires européens, Efficacité et qualité de la justice* ; Les Etudes de la CEPEJ N° 26, Edition 2018 (données 2016), 341 p.

¹⁸⁸⁵ L'Albanie, Andorre, l'Arménie, l'Autriche, l'Azerbaïdjan, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, la Croatie, Chypre, la République tchèque, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la France, la Géorgie, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la République de Moldova, Monaco, le Monténégro, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Fédération de Russie, la Serbie, la Slovaquie, la Slovénie, l'Espagne, la Suède, la Suisse, « l'ex-République yougoslave de Macédoine », la Turquie, l'Ukraine et le Royaume-Uni, Israël et le Maroc.

impact réel et concret. Quand bien même certains états ne les ont pas attendus, ils permettent, a minima, une harmonisation à l'aune de garanties bien définies. Le recrutement se fait majoritairement par le concours¹⁸⁸⁶ pour 35 pays ou par un recrutement sur l'expérience professionnelle¹⁸⁸⁷ pour huit d'entre eux. Seulement dix pays n'utilisent pas le concours comme moyen de recrutement. L'autorité responsable du recrutement et de la nomination est, dans 39 pays, une autorité composée de juges et de non juges, dans six pays uniquement de juges et dans 4 uniquement de non juges¹⁸⁸⁸. Ce Conseil politiquement neutre¹⁸⁸⁹ fait consensus dans son rôle face au pouvoir formel de nomination dévolu au pouvoir politique¹⁸⁹⁰. Ce concept de Conseil de justice est répandu et est devenue une norme¹⁸⁹¹.

Pour 90% des pays étudiés, la formation initiale des juges est obligatoire et assurée dans 78% par une structure dédiée. Des disparités sont notables sur le moment de la formation et de sa durée¹⁸⁹² sans pour autant remettre en cause son effectivité. L'obligation de formation continue est en revanche moins prégnante. Obligatoire pour 24 pays, elle reste facultative pour 21 autres. Ce rapport diminue encore pour la formation à une fonction spécialisée, à des fonctions managériales¹⁸⁹³.

Enfin, l'inamovibilité est un principe largement appliqué. Elle se couple avec une nomination illimitée jusqu'à la retraite variant entre 65 et 72 ans pour 44 pays. Le déplacement du magistrat ne peut se faire sans son consentement dans 39 pays¹⁸⁹⁴. La discipline également fait l'objet d'un consensus où elle est assurée par une autorité indépendante à travers une procédure impartiale¹⁸⁹⁵.

Le recrutement, la formation, la nomination et la discipline, fondamentaux à l'indépendance, font consensus et sont adoptés par une large majorité. Ils sont les marqueurs du pouvoir judiciaire dans l'État de droit¹⁸⁹⁶. La magistrature française s'inscrit bien évidemment dans ce

¹⁸⁸⁶ 75% des pays utilisent le concours seul (35%) et (40% en combinaison avec le recrutement sur l'expérience professionnelle), *ibid.*, p. 96

¹⁸⁸⁷ 18% utilisent le seul recrutement sur l'expérience professionnelle uniquement, *ibid.*

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 98.

¹⁸⁸⁹ Commission de Venise, Nominations Judiciaires, Rapport adopté lors de la 70e session plénière (Venise, 16-17 mars 2007), CDL-AD(2007)028, Strasbourg, 22 Juin 2007, § 22.

¹⁸⁹⁰ *Op. cit.*, p. 96.

¹⁸⁹¹ T. RENOUX (dir.), *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe: actes de la table ronde internationale du 14 septembre 1998*, Documentation française, 1999, 319 p.

¹⁸⁹² *Ibid.*, p. 98.

¹⁸⁹³ Respectivement obligatoire pour 21 et 13 pays, *ibid.*, p. 100.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 121.

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 157.

¹⁸⁹⁶ Conseil de l'Europe, *Le rôle du pouvoir judiciaire dans un État de droit*, actes table ronde des ministres de la Justice des pays d'Europe centrale et orientale, Varsovie (Pologne), 4 avril 1995, organisée par le Conseil de

mouvement majoritaire. Néanmoins, d'autres garanties en revanche sont moins consensuelles et démontrent des plus grandes disparités entre les états. La disparité la plus forte concerne le statut du parquet et son indépendance statutaire. Elle démontre, une fois de plus, toute la complexité entourant cette question.

Vingt-quatre États consacrent l'indépendance statutaire du parquet tandis que neuf reconnaissent que le ministère public est sous l'autorité du ministère de la Justice tout en arguant d'une compétence et d'une indépendance fonctionnelle plus ou moins grande. Neuf autres se trouvent dans une zone grise, entre les deux. La CEPEJ estime qu'ils sont « statutairement indépendant sous l'autorité du ministère de la Justice »¹⁸⁹⁷. En réalité, quasiment tous les pays consacrent l'indépendance du parquet mais par divers biais, plus ou moins directs allant jusqu'à devenir contradictoire. Il est paradoxal et dénué de sens d'être indépendant tout en étant sous autorité. Cette catégorie démontre la difficulté inhérente au parquet au-delà du seul cas français.

L'autre disparité majeure concerne l'attention portée à la magistrature et les moyens mis en œuvre pour elle. Cela concerne le budget alloué à la Justice, le budget de la formation et les salaires. C'est sur ces points, qui participent également à l'indépendance, que les écarts sont les plus importants entre les pays. Ils traduisent l'effort consenti par le pouvoir politique pour la magistrature. Dans l'absolu, comparer des nations aux PIB biens différents n'a pas d'intérêt en soi. Mettre en perspective le budget justice global allemand dépassant les 10 milliards d'euros face au budget letton approchant les 80 millions d'euros ou maltais autour des 16 millions¹⁸⁹⁸ ne nous apprend rien. Néanmoins, des éléments permettent de comparer ces différents pays.

Pour ramener ces chiffres à une échelle permettant la comparaison, le ratio du budget consacré à la justice par rapport au PIB est un bon indicateur de l'investissement fait par pays. Le budget justice oscille entre 0.09% pour l'Irlande et 0.77% pour la Bosnie-Herzégovine du PIB, avec une majorité entre 0.20 et 0.40% du PIB. Le Portugal y consacre 0.32%, le Royaume-Uni 0.25% et la Russie 0.31%. La France consacre 0.20% de son PIB pour la justice¹⁸⁹⁹. À titre de comparaison, les dépenses militaires de la France sont de 2.3% de son PIB¹⁹⁰⁰ et les dépenses

l'Europe en coopération avec le ministre de la Justice de la République de Pologne, Editions du Conseil de l'Europe, 1996, 126 p.

¹⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 128.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 35.

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 30.

¹⁹⁰⁰ Dépenses militaires (% du PIB), Données 2018, Banque Mondiale. Les pays d'Europe géographique dépense en moyenne 1.6% de son PIB.

en éducation sont de 5.4%¹⁹⁰¹. En matière de santé, la France consacre plus de 10% de son PIB avec une moyenne de 10.5% pour les quinze pays les plus riches de l'Union Européenne¹⁹⁰².

Malgré des écarts bruts impressionnants, le rapport du budget par le PIB montre un investissement plus ou moins équivalent entre les pays. Egalement, même si l'investissement est comparable entre les pays, il est clair que la justice n'est pas un poste prioritaire en termes de PIB. Néanmoins, des écarts importants se retrouvent si l'on ramène le budget total par habitant. Il oscille entre 7.8€ par Azerbaïdjanais et 214.8€ par Suisse. La moyenne est une dépense de 64€ par habitant pour la justice. La France est à 65.9€ bien loin de l'Allemagne avec 122€ et se retrouve équivalente à Chypre ou le Portugal dans le second groupe dépensant entre 60 et 100€¹⁹⁰³.

Ce budget global est réparti en trois composantes ; les tribunaux, l'aide juridictionnel et le ministère public¹⁹⁰⁴. Le budget alloué aux tribunaux est le principal en termes de pourcentage du budget total, à 66% en moyenne¹⁹⁰⁵. La part consacrée au ministère public est en moyenne de 25%, la France y consacre 18%¹⁹⁰⁶.

Au sein de ce budget alloué au tribunal, la part consacrée au salaire des personnels est la plus importante avec une moyenne de 70% de ce dernier¹⁹⁰⁷.

Les salaires des juges et des procureurs, qui tendent à se rapprocher¹⁹⁰⁸, connaissent eux aussi des écarts entre pays. En valeur absolue et annuelle, qu'ils soient en début de carrière ou dans les cours suprêmes, des écarts logiques s'expliquent¹⁹⁰⁹. Dans ce contexte, le juge français a un salaire légèrement inférieur en début de carrière par rapport à la moyenne. Le juge à la Cour de cassation et le procureur français disposent d'un salaire bien supérieur à la moyenne¹⁹¹⁰.

¹⁹⁰¹ Dépenses publiques en éducation (% du PIB), Données 2018, Banque Mondiale.

¹⁹⁰² Comparaisons internationales de la dépense courante de santé, *Les dépenses de santé en 2015*, éd. 2016, Drees, n° 1390.

¹⁹⁰³ *Op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 18.

¹⁹⁰⁵ La France y consacre 73% de son budget total, *ibid.*, p. 40.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 57.

¹⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 46.

¹⁹⁰⁸ « Néanmoins, la tendance qui se dessine depuis quelques années traduit un rapprochement des salaires des juges et procureurs aussi bien en début de carrière qu'en fin de carrière. », *ibid.*, p. 150.

¹⁹⁰⁹ Par. Ex., pour les juges les salaires en début de carrière varient entre 7318 et 155 547€ et pour les procureurs entre 3283 et 121 566€. Dans les cours suprêmes, ils varient entre 9514 et 331 684 € pour l'un et 7381 et 186 637 pour l'autre. *Ibid.*, p. 120 et 149.

¹⁹¹⁰ Un juge français gagne 44 864€ en début de carrière et 119 376€ à la Cour de cassation contre 50 529€ et 96 102€ en moyenne. Un procureur français gagne 45 780€ en début de carrière et 119 376€ à la Cour de cassation contre 35 483€ et 71 717€ en moyenne, *ibid.*

En revanche, le rapport des salaires vis-à-vis du salaire moyen du pays montrent des écarts plus évocateurs du niveau de rémunération des magistrats. En moyenne, un juge en début de carrière gagne 2.56 fois plus que le salaire moyen soit 146% de plus. À titre de comparaison, le juge français gagne 1.27 fois plus soit 30% tandis que le juge estonien gagne 3 fois plus soit 200% contre 0.94 pour le juge allemand soit 5.98% de moins que le salaire moyen allemand. Pour les juges de Cours suprême la moyenne monte à un rapport de 4.53 variant de 1.62 à 8.28¹⁹¹¹. Les procureurs sont moins bien rémunérés que les juges en valeur absolue et en proportion du salaire moyen. Les rapports qui étaient de 2.56 et 4.53 pour les juges tombent à 1.9 et 3.6¹⁹¹². Puisque la rémunération est un élément non négligeable d'indépendance, il n'est pas étonnant de s'apercevoir qu'il est moins bien rémunéré en moyenne.

L'effort consenti par le pouvoir politique pour sa magistrature peut également se trouver par le nombre de membres qui la compose. Les chiffres rapportés par rapport à la population démontrent aussi de lourdes disparités. En moyenne, les états disposent de 11.7 procureurs pour 100 000 habitants oscillant entre 2.2 et 25.2 procureurs. La France se place avant dernière avec 2.2 procureurs pour 100 000 habitants¹⁹¹³. Disposant d'un des plus petits nombres de procureurs par habitant, le parquet doit assumer une charge de travail parmi les plus importantes. En moyenne, les procureurs reçoivent 3.1 affaires pour 100 habitants. La France atteint les 7.5 affaires pour 100 habitants. Elle doit ainsi faire beaucoup avec peu de magistrats¹⁹¹⁴. Pour les juges professionnels, avec une moyenne de 25.1 juges pour 100 000 habitants, la France est à 10.4, bien loin de l'Allemagne à 34.8 ou de l'Espagne à 20.9. Elle est au niveau de la Belgique, du Danemark ou de l'Italie¹⁹¹⁵.

L'instauration consensuelle de ces mécanismes n'induit pas automatiquement le respect pérenne et absolu de l'indépendance de la magistrature. Les garanties essentielles posées ne garantissent pas forcément une pleine et entière indépendance. Les états ont une marge de manœuvre importante sur la mise en œuvre pouvant tendre à une continuité de la dépendance. Même si la notion est universelle, son application reste variable.

Selon un rapport du Forum mondial économique (WEF), l'indépendance peut être évaluable selon un indice allant de 1 à 7, d'une dépendance totale à une indépendance totale. La question de l'indépendance est posée sur l'influence exercée sur le système judiciaire par les entreprises,

¹⁹¹¹ *Ibid.*, p. 121.

¹⁹¹² Ils oscillent entre 0.8/4.1 et 1.6/6.4, *ibid.*, p. 149.

¹⁹¹³ *Ibid.*, p. 131.

¹⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 138 et s.

¹⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 105.

les individus et le pouvoir politique¹⁹¹⁶. Sur 137 nations, et sur les standards universellement entendus pour garantir l'indépendance, la Finlande arrive première de ce classement avec un indice de 6.8, suivi de la Nouvelle Zélande à 6.7 et de la Norvège à 6.6. À l'opposé, le Venezuela termine dernier avec un indice de 1.1 précédé du Nicaragua à 1.6 et de l'Equateur à 1.7.

Pour expliciter ce classement par indice, deux exemples concrets permettent de comprendre les difficultés actuelles que peuvent subir des magistratures à l'aune de l'indépendance de la magistrature. Ces deux exemples portent sur la Pologne et la Turquie, classés respectivement 99^{ème} et 103^{ème} avec des indices de 3.2 et 3.1.

Concernant la Pologne, la problématique de l'indépendance au sein d'un pays membre de l'Union Européenne s'est posée à l'occasion d'une vaste réforme judiciaire¹⁹¹⁷. Le premier exemple portera spécifiquement sur l'abaissement de l'âge de départ à la retraite des magistrats polonais.

Une loi du 12 juillet 2017 portant sur les Cours ordinaires et du 8 décembre 2017 portant sur la Cour suprême polonaise décidaient de la modification de l'âge de départ en retraite. Constitutionnellement fixée à 70 ans, la loi l'abaisse à 65 ans pour les hommes et 60 ans pour les femmes aussi bien magistrats des Cours ordinaires ou de la Cour de suprême¹⁹¹⁸. Cet abaissement emporte une conséquence majeure pour l'indépendance. Au-delà de l'aspect discriminatoire évident, cette loi impacte l'inamovibilité des magistrats touchés par cette loi. Pour la seule Cour suprême, une telle modification engendrerait le départ immédiat de 40% des magistrats de la Cour suprême dont le Premier Président¹⁹¹⁹. Cette disposition rappelle directement le décret de 1852 évoqué en tant que mécanisme déguisé de purge par abaissement de l'âge¹⁹²⁰. Dès lors, la question de l'atteinte à l'indépendance se pose forcément par la remise en cause de l'inamovibilité. Si elle posait problème pour l'indépendance en France au milieu du XIX^{ème} siècle, il ne peut en être autrement pour un pays membre de l'Union Européenne au XXI^{ème} siècle.

¹⁹¹⁶ K. SCHWAB, *The Global Competitiveness Report*, World Economic Forum, 2019, p. 615.

¹⁹¹⁷ Cette réforme porte sur d'autres points comme la procédure de nomination des membres du Conseil de Justice polonais et des pouvoirs de nominations du président Polonais.

¹⁹¹⁸ H. PAULIAT, « Abaissement de l'âge de la retraite des magistrats : une atteinte à l'indépendance de la justice reconnue en Pologne », *JCP G.*, n° 29, 22 Juillet 2019, 816.

¹⁹¹⁹ D. MIJATOVIC, Commissioner for the Human Rights of the Council of Europe, *Report following her visit to Poland from 11 to 15 march 2019*, Conseil de l'Europe, 28 juin 2019, p. 8

¹⁹²⁰ Décret du 1^{er} mars 1852 sur la mise à la retraite et la discipline des magistrats ; Duvergier, Coll. Compl. Des lois, T.52, p.143 et s.

Face à cette situation, les institutions européennes se sont saisies de la situation reprochant, légitimement, à la Pologne ces mesures. Par le biais de l'article 258 du Traité de fonctionnement de l'Union Européenne¹⁹²¹, La Commission a estimé que la Pologne ne respectait pas ses obligations issues des traités, de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux sur l'indépendance de la magistrature. En premier lieu, en s'intéressant d'abord à la Cour suprême et à son indépendance¹⁹²², la commission introduit un recours¹⁹²³ demandant à la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) la suspension provisoire de la mesure d'abaissement de l'âge. Elle décide alors la suspension des mesures et que les juges concernés par ces dernières doivent continuer leurs fonctions jusqu'au prononcé de l'arrêt¹⁹²⁴.

Après les conclusions de l'Avocat général¹⁹²⁵, la CJUE¹⁹²⁶ considère, au fond, que « la mesure consistant à abaisser l'âge de départ à la retraite des juges du Sąd Najwyższy (Cour suprême polonaise) aux juges en exercice qui ont été nommés à cette juridiction avant le 3 avril 2018, la République de Pologne a manqué aux obligations qui lui incombent »¹⁹²⁷. La Pologne est entrée en contradiction avec le principe de l'indépendance par l'abaissement de l'âge¹⁹²⁸. Cette même

¹⁹²¹ « Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne. »

¹⁹²² Affaire C-619/18R, Commission européenne contre République de Pologne, (Indépendance de la Cour suprême).

¹⁹²³ Recours introduit le 2 octobre 2018 – Commission Européenne/République de Pologne.

¹⁹²⁴ Ordonnance de la Vice-présidente de la Cour, 19 octobre 2018 et Ordonnance du Président de la Cour, 17 décembre 2018, Commission Européenne/République de Pologne.

¹⁹²⁵ « Même en admettant, ainsi que l'a soutenu la République de Pologne, que l'objectif des mesures litigieuses ait été d'aligner l'âge de la retraite des juges de la Cour suprême sur l'âge général de la retraite, il n'est pas contesté que ces mesures ont été appliquées de façon rétroactive à l'ensemble des juges en exercice sans aucun garde-fou, c'est-à-dire aucune mesure appropriée destinée à garantir l'inamovibilité des juges. Comme l'illustre la jurisprudence de la Cour, si les États membres sont compétents pour adapter l'âge de la retraite des juges compte tenu des changements sociétaux et économiques, ils ne sauraient, dans ce cadre, compromettre l'indépendance et l'inamovibilité des juges, en violation des obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union. », Conclusions de l'Avocat Général, M. EVGENI TANCHEV, 11 avril 2019, Affaire C-619/18R, Commission européenne contre République de Pologne.

¹⁹²⁶ CJUE, gr. ch., 24 juin. 2019, aff. C-619/18 Commission c/ Pologne.

¹⁹²⁷ *Ibid.*

¹⁹²⁸ « Le principe d'inamovibilité exige, notamment, que les juges puissent demeurer en fonction tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire du départ à la retraite ou jusqu'à l'expiration de leur mandat lorsque celui-ci revêt une durée déterminée. Sans revêtir un caractère totalement absolu, ledit principe ne peut souffrir d'exceptions qu'à condition que des motifs légitimes et impérieux le justifient, dans le respect du principe de proportionnalité. Ainsi est-il communément admis que les juges puissent être révoqués s'ils sont inaptes à poursuivre leurs fonctions en raison d'une incapacité ou d'un manquement grave, moyennant le respect de procédures appropriées. Il y a lieu de constater que l'application de la mesure d'abaissement de l'âge du départ à la retraite des juges du Sąd Najwyższy (Cour suprême) à l'égard des juges en exercice au sein de cette juridiction n'est pas justifiée par un objectif légitime. Partant, ladite application porte atteinte au principe d'inamovibilité des juges qui est inhérent à leur indépendance. », *ibid.*

problématique s'est posée pour la même mesure pour les juges ordinaires¹⁹²⁹. La CJUE confirme cette solution estimant que la baisse de l'âge n'est pas justifiée et porte atteinte à l'indépendance des magistrats¹⁹³⁰. Ces deux arrêts renforcent l'indépendance comme une valeur importante pour les pays de l'Union européenne¹⁹³¹. Au-delà de la seule question de l'abaissement de l'âge, ces arrêts de la CJUE ont également sanctionné la Pologne sur les suites de cette mesure. En effet, ces lois censurées prévoyaient la faculté pour le pouvoir politique polonais de prolonger au-delà de l'âge de départ les magistrats tant des juridictions ordinaires qu'à la Cour suprême. À nouveau, ces dispositions violent le principe d'indépendance. Par cette mesure, le pouvoir politique pouvait ainsi choisir arbitrairement les magistrats qu'il souhaitait maintenir en fonction. L'inamovibilité est clairement contournée entraînant ainsi une violation de l'indépendance de la magistrature. En abaissant l'âge de départ à la retraite tout en s'octroyant la faculté de s'en affranchir, le pouvoir politique peut alors procéder à une purge de sa magistrature.

En plus de cette problématique sur l'âge, la Pologne voit s'ouvrir un nouveau contentieux. Par un recours du 25 octobre 2019¹⁹³², la Commission saisit la CJUE car elle s'interroge sur l'exercice polonais du pouvoir disciplinaire. La Pologne s'est dotée d'un processus disciplinaire tout à fait singulier. Toutes les affaires sont entendues par la chambre disciplinaire de la Cour suprême, création de la réforme de 2017 rentrée en vigueur en 2018, ou une chambre au niveau de la Cour d'appel. Avant toute procédure, un agent disciplinaire, nommé par le ministre de la Justice pour 4 ans, est chargé de faire l'enquête, organise le contradictoire, qualifie les infractions disciplinaires et donne les preuves. Finalement, il rend une requête pour audition devant une des chambres disciplinaires. Les juges disciplinaires en Cour d'appel sont nommés par le ministre après avis du Conseil national judiciaire. La chambre disciplinaire près de la Cour suprême est compétente pour juger ses membres et sert de chambre d'appel des procédures

¹⁹²⁹ Affaire C-192/18, Commission européenne contre République de Pologne, (Indépendance des juridictions de droit commun).

¹⁹³⁰ « L'indispensable imperméabilité des juges à l'égard de toutes interventions ou pressions extérieures exige certaines garanties propres à protéger la personne de ceux qui ont pour tâche de juger, telles que l'inamovibilité. Le principe d'inamovibilité exige, notamment, que les juges puissent demeurer en fonction tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire du départ à la retraite ou jusqu'à l'expiration de leur mandat lorsque celui-ci revêt une durée déterminée. Sans être totalement absolu, ce principe ne peut souffrir d'exceptions qu'à condition que des motifs légitimes et impérieux le justifient, dans le respect du principe de proportionnalité », CJUE, gr. ch., 5 nov. 2019, aff. C-192/18, Commission c/ Pologne.

¹⁹³¹ D. SIMON, « Indépendance des juges nationaux », *Europe*, n° 1, Janvier 2020, comm. 1.

¹⁹³² Affaire C-791/19, Commission européenne/République de Pologne.

devant les Cours inférieures en matière disciplinaire. Une procédure semblable existe pour les procureurs¹⁹³³.

Cette procédure est critiquée par la Commission sur plusieurs points. Elle reproche que le président de la chambre disciplinaire près de la Cour suprême peut choisir le tribunal compétent disciplinairement. Elle reproche le pouvoir du ministre de nommer les agents disciplinaires, agent au cœur du processus. Elle critique ainsi le système tel que nouvellement refondé par la réforme de 2017. In fine, la chambre disciplinaire au niveau suprême est composée de juges choisis par le comité national judiciaire désigné politiquement à son tour par le parlement. La question de la remise en cause de la protection des juges contre un contrôle politique se pose alors fortement.

Au-delà de l'aspect théorique, cette discipline aux mains du politique emporte des effets concrets très forts. Cette discipline sous dépendance politique entraîne une répression sans précédent contre les juges dans le cadre de leur activité juridictionnel et extra juridictionnel¹⁹³⁴. Le cas le plus marquant concerne le juge Pawel Juszczyszyn suspendu indéfiniment de ses fonctions tout en subissant une baisse de 40% de son salaire¹⁹³⁵. Sa faute était un abus de pouvoir pour l'application d'une décision de la CJUE sur une question préjudicielle¹⁹³⁶ relative à l'indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême. La sanction disciplinaire pour l'application d'une norme internationale applicable en droit interne par un juge est l'effondrement total de l'indépendance de juge. Ce tour de force contre l'indépendance judiciaire alerte les associations européennes et françaises de magistrats¹⁹³⁷. Un arrêt du 26 mars 2020¹⁹³⁸ statue sur des demandes de décisions préjudicielles tenant à aux réformes sur le pouvoir disciplinaire « qui conduiraient à remettre en cause l'objectivité et l'impartialité des procédures disciplinaires à l'égard des juges et affecteraient l'indépendance des juridictions

¹⁹³³ HELSINKI FOUNDATION FOR HUMAN RIGHTS, *Disciplinary proceedings against judges and prosecutors*, Warsaw, February 2019, 11 p.

¹⁹³⁴ *Justice under pressure, repressions as a means of attempting to take control over the judiciary and the prosecution in Poland*; Years 2015 – 2019, 2019, 2020p. Ce document répertorie une centaine de magistrats sanctionnés disciplinairement pour des motifs exorbitant normalement de la discipline tel qu'entendue universellement.

¹⁹³⁵ *Ibid.*, p. 36 et s.

¹⁹³⁶ C-585/18 - A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême), CJUE, gr. ch., 19 nov. 2019, aff. C-585/18.

¹⁹³⁷ Le président de l'association européenne des juges estime que l'indépendance polonaise est en débâcle et demande l'action urgente de l'Union Européenne et qui est un exemple terrible ; JOSE IGREJA MATOS, statement, 30 janvier 2019. Dans une lettre ouverte, les deux syndicats majeurs de magistrats français s'insurgent contre la pratique polonaise estimant que la négation du principe d'indépendance nie la démocratie ; Lettre ouverte de l'Union Syndicale des Magistrats (USM) et du Syndicat de la Magistrature (SM) aux magistrats polonais, 16 janvier 2020.

¹⁹³⁸ CJUE, gde ch., 26 mars 2020, Miasto Łowicz et Prokurator Generalny, C-558/20 et C-563/20.

polonaises. Soulignant en particulier le pouvoir d'influence considérable dont serait dorénavant investi le ministre de la Justice dans les procédures disciplinaires à l'égard des juges des juridictions de droit commun »¹⁹³⁹. Elles sont déclarées irrecevables car les questions renvoyées revêtent un caractère général ne permettant pas l'interprétation telle que sollicitée¹⁹⁴⁰, elle réaffirme quand même qu'une poursuite disciplinaire, en raison de la saisine de la CJUE d'un renvoi à titre préjudiciel, ne saurait être admis, allant à l'encontre du principe d'indépendance¹⁹⁴¹. Elle demande à la Pologne de suspendre l'application des dispositions relatives à la chambre disciplinaire de la Cour suprême pour un risque important à l'atteinte de l'indépendance¹⁹⁴².

Cette problématique polonaise permet de mieux mettre en perspective l'indépendance de la magistrature française et ses critiques. Au sein de l'Union Européenne, la magistrature polonaise, soumise aux mêmes règles que la française, voit son indépendance très lourdement remise en cause. Un même constat peut être dressé pour un pays membre de la CvEDH où l'indépendance est tout autant consacrée. La France et la Turquie sont soumises à la même Convention, mais l'indépendance de la magistrature n'est pas traitée de la même manière.

Concernant la Turquie, un cran supplémentaire est franchi. Il s'agit de purges explicites et de condamnations politiques des magistrats. Après le coup d'État raté de juin 2016, l'état d'urgence est décrété pour une longue durée entraînant d'emblée la démission et l'emprisonnement de 300 membres du pouvoir judiciaire¹⁹⁴³. Dans les 24 heures qui ont suivi, 2 745 magistrats sur 15 000 furent démis de leurs fonctions, arrêtés ou faisant l'objet de mandats d'arrêts. Sur ces 2745 magistrats, 140 des 150 juges de la Cour de cassation sont aussi démis de leurs fonctions¹⁹⁴⁴. Le seul fait d'être magistrat devient une justification de purge et

¹⁹³⁹ *Ibid.*

¹⁹⁴⁰ §38 – 53, *ibid.*

¹⁹⁴¹ « Le fait, pour ces juges, de ne pas être exposés à des procédures ou à des sanctions disciplinaires pour avoir exercé une telle faculté de saisir la Cour, laquelle relève de leur compétence exclusive, constitue d'ailleurs une garantie inhérente à leur indépendance (voir, en ce sens, ordonnance du 12 février 2019, RH, C-8/19 PPU, EU:C:2019:110, point 47), indépendance qui est, en particulier, essentielle au bon fonctionnement du système de coopération judiciaire qu'incarne le mécanisme de renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 TFUE [voir, en ce sens, arrêt du 25 juillet 2018, Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, point 54 et jurisprudence citée]. », §59, *ibid.*

¹⁹⁴² Ord. CJUE, Commission/ Pologne, 8 avril 2020, C-791/19R.

¹⁹⁴³ E. L. FELTER, « The death of Judicial Independence in Turkey : A lesson for Others », *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, Volume 38 | Issue 1, Art. 3, 1^{er} septembre 2018.

¹⁹⁴⁴ Platform for an Independent Judiciary in Turkey, Platform Letter Council Europe, 1^{er} juin 2016 (La plateforme pour l'indépendance judiciaire en Turquie est le rassemblement de plusieurs associations de magistrats à travers l'Europe sous l'égide du Conseil de l'Europe).

d'emprisonnement. L'explosion du principe d'indépendance n'est même pas à être discuté ici tellement il est évident.

L'exemple concret le plus marquant de la destruction de l'indépendance des magistrats turcs est celui du juge Murat Arslan. Il est le président de l'association, dissoute par le pouvoir politique, des juges et procureurs turcs. Il a été arrêté, détenu préventivement et condamné à 10 ans d'emprisonnement. Son procès en première instance n'a pas donné lieu à un jugement régulier, sans audience. Son appel a été rejeté. Il n'est ni plus ni moins qu'un prisonnier politique¹⁹⁴⁵. Les associations de magistrats demandent aux autorités turques d'en finir avec la pression politique sur les magistrats et demandent au Conseil de l'Europe de forcer la Turquie à arrêter la soumission des magistrats et d'enquêter sur le système judiciaire turc¹⁹⁴⁶.

La Pologne et la Turquie sont deux exemples frappants mais ne sont pas des cas isolés. D'autres nations comme la Hongrie (101^{ème} du classement du WEF), la Roumanie (67^{ème}) ou la Serbie (118^{ème}) méconnaissent le principe d'indépendance de la magistrature qui n'est pas ou peu respecté¹⁹⁴⁷.

Au-delà des exemples extrêmes polonais et turque, la France est 28^{ème} du classement indiciaire entre le Qatar 27^{ème} et la Namibie, 29^{ème}, tous les trois avec un indice de 5.3. La France ne souffre heureusement pas de problèmes aussi graves en matière d'indépendance. Cependant, en étant que 28^{ème}, elle en a malgré tout. L'opposition entre la pratique française et la définition standardisée de l'indépendance amène fatalement à s'interroger sur le modèle français. Aucune magistrature au monde selon le forum mondial de l'économie n'est parfaitement indépendante, aucune n'obtient un score parfait.

Malgré la standardisation des magistratures européennes à l'aune de l'universalité du principe d'indépendance où la France se retrouve largement en conformité, elle reste néanmoins exposée à la critique.

¹⁹⁴⁵ F. C. MARQUES, *Président de Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL) « Criminal conviction of mr murat arslan » – protest note*, 19 janvier 2019.

¹⁹⁴⁶ *The Platform for an Independent Judiciary in Turkey, conclusions*, 10 février 2020.

¹⁹⁴⁷ D. MIJATOVIC, *Commissaire aux droits de l'Homme, L'indépendance des juges et de la justice menacée*, Conseil de l'Europe, *Carnet des droits de l'Homme*, Strasbourg, 3 septembre 2019.

Section 2 : Une interrogation incontournable sur la magistrature « à la Française »

La magistrature « à la Française » se retrouve sous le feu des critiques et à raison. Le modèle français sera fortement remis en cause à l'aune de la relation pouvoir politique et magistrature (paragraphe 1). Néanmoins, un certain statu quo va découler de ces critiques fondées. Aucune mesure ne sera réellement prise en réponse (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La forte remise en cause du modèle français

La critique de la magistrature « à la Française » provient tout d'abord d'un examen et d'une remise en cause, extérieure à la France, de cette conception notamment par la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union Européenne qui s'opposent sur la question (I). Cette critique externe entraîne une remise en cause interne du modèle français, comme une conséquence logique et partagée par un consensus assez large (II).

I : Une appréciation divergente de la conception française

La critique des Cours européennes à l'égard de la magistrature française se pose sur son parquet. Il cristallise toute la difficulté et l'ambiguïté des relations entre le pouvoir politique et la magistrature.

La charge la plus importante contre le parquet français provient de la CrEDH. La Cour a posé très tôt les contours de l'articulation entre le parquet et le pouvoir politique, sur son indépendance statutaire et fonctionnelle. Dans un arrêt *Schiesser c/ Suisse* de 1979¹⁹⁴⁸, la Cour a dû trancher la question de savoir si un procureur du district de Winterthour chargé de prononcer une mise en détention pouvait être considéré comme un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires telles que prévues la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁹⁴⁹. L'un des éléments d'appréciation de la notion de magistrat ici suppose une indépendance de l'exécutif et des parties comme pour un tribunal. Ce magistrat peut lui-même

¹⁹⁴⁸ CEDH, 4 déc. 1979, n° 7710/76, *Schiesser c. Suisse*, série A, n° 34, § 28.

¹⁹⁴⁹ « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience », Art. 5§3, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950.

être subordonné à un autre magistrat pourvu qu'il jouisse d'une indépendance analogue¹⁹⁵⁰. Elle sert à garantir l'impartialité et l'objectivité du magistrat dans l'exercice de ses fonctions.

La Cour ne relève pas de violation de l'article 5§3 estimant que sur la question de la subordination ne rompt pas avec le principe d'indépendance. Elle estime que le procureur a pris sa décision en toute indépendance sans être dans l'affaire l'autorité de poursuite. Il est ainsi relevé une certaine indépendance fonctionnelle du pouvoir politique ou de sa hiérarchie satisfaisant les exigences de la Convention sur ce point¹⁹⁵¹. Néanmoins, deux opinions dissidentes ont conclu à une violation du dit article. Ils pointent l'incohérence d'analyser l'autorité de poursuite comme un magistrat tel que prévu à l'article 5§3. Il ne doit ainsi pas relever de l'administration pour être considéré comme indépendant. Cette opinion dissidente juge nécessaire la séparation de la poursuite du pouvoir judiciaire¹⁹⁵². Les fonctions de poursuites ne sauraient être confondues et cumulées avec l'instruction en tant que fonctions judiciaires. Elle demande une indépendance et impartialité particulière¹⁹⁵³. L'indépendance fonctionnelle prime alors sur la dépendance statutaire.

L'arrêt Huber de 1990¹⁹⁵⁴ est venu préciser les cumuls de fonctions de procureur et son incidence sur son indépendance. La notion de magistrat habilité au sens de la Convention doit, en plus d'être indépendant du pouvoir politique sur la base de l'arrêt Schiesser, être indépendant des parties. Il ne peut pas décider de la mise en détention et jouer un rôle de poursuite par la suite. L'indépendance doit être fonctionnelle entre la poursuite et le reste des fonctions judiciaires dans cette même affaire¹⁹⁵⁵. Un magistrat, partie poursuivante, ne peut être considéré comme un juge ou un magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires. Ce magistrat ne peut pas être indépendant des parties car il avait des chances de devenir une partie par la suite¹⁹⁵⁶ violant ainsi l'article 5§3. Cet arrêt distingue la garantie institutionnelle par l'indépendance statutaire du pouvoir politique et les garanties procédurales et de fond¹⁹⁵⁷. Elles permettent ainsi

¹⁹⁵⁰ CEDH, 27 juin 1968, Neumeister, série A, n° 8, § 44.

¹⁹⁵¹ « Une pratique trentenaire selon laquelle la direction de la justice et procureur général n'adressent jamais aux procureurs de districts des ordres ou instructions concernant la mise en détention de tel suspect. Sans doute peut-il arriver de leur donner des directives mais la chose se produit très rarement et selon la doctrine ces dernières ne doivent porter que sur des questions de légalité, non d'opportunité, Quant au recueil des circulaires de 1968, il aurait pour seul but d'assurer une application uniforme de la loi », *ibid.*, §35, p. 11.

¹⁹⁵² Opinion dissidente de M. le Juge RYSSDAL, *ibid.*, p. 15.

¹⁹⁵³ Opinion dissidente de M. le Juge EVRIGENIS, *ibid.*, p. 17.

¹⁹⁵⁴ CEDH, 23 octobre 1990, Huber c. Suisse, n° 12794/87.

¹⁹⁵⁵ S. GUINCHARD, « L'instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour EDH dans les débats français sur le statut du Parquet », *JCP G.*, n° 27, 2 Juillet 2018, 760.

¹⁹⁵⁶ CEDH, 23 octobre 1990, Huber c. Suisse, n° 12794/87, §42, p. 12.

¹⁹⁵⁷ « b. garanties procédurales: obligation d'entendre personnellement le prévenu traduit devant lui; c. garanties de fond: décision sur le maintien en détention ou la mise en liberté selon des critères légaux, après examen des

d'identifier le magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires au sens de la Convention. Cependant, une opinion dissidente estime que, si les garanties procédurales et de fond ne posent pas de problème en soit, le magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ne peut s'accommoder d'être subordonné à l'exécutif, soumis à ses instructions¹⁹⁵⁸. La complexe question de l'indépendance fonctionnelle et statutaire couplée à la présence du ministère public en tant que parties n'est pas franchement résolue. Les opinions dissidentes de ces arrêts démontrent toute la complexité de l'application de la notion d'indépendance. Néanmoins, la Cour n'exige pas en soit la rupture du lien entre pouvoir politique et magistrature¹⁹⁵⁹.

Sur ces bases jurisprudentielles, deux grands arrêts vont venir remettre en cause le parquet français ; les arrêts Medvedyev¹⁹⁶⁰ et Moulin¹⁹⁶¹.

Concernant l'arrêt Medvedyev, il prend place dans le contexte de l'arraisonnage du « Winner » battant pavillon cambodgien sur fond de trafic international de stupéfiants. Plusieurs points sont discutés au sein de cet arrêt amenant à s'intéresser à une possible violation de l'article 5§3 de la Convention.

Dans son arrêt du 10 juillet 2008¹⁹⁶², la chambre a prononcé la non violation de l'article 5§3 de la Convention du fait de l'impossibilité matérielle d'amener les requérants devant une autorité judiciaire. Néanmoins, elle posait déjà le principe selon lequel le procureur de la République n'est pas une autorité judiciaire¹⁹⁶³. Elle décide de renvoyer à la grande chambre, rendant son arrêt en 2010¹⁹⁶⁴. Devant la grande Chambre, les requérants, dont Monsieur Oleksandr Medvedyev, estiment n'avoir pas été aussitôt traduits devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires lors de l'interception du navire. Ils arguent du fait que l'argument de l'inévitable délai d'acheminement du navire à terre, justifiant l'impossibilité matérielle conduisant à la non violation prononcée par la Chambre ne saurait masquer les autres questions importantes soulevées. La Cour fait droit à l'argumentaire du

circonstances qui militent pour ou contre la détention; pouvoir d'ordonner l'élargissement en l'absence de raisons justifiant la détention. », *ibid.* p. 16.

¹⁹⁵⁸ Opinion dissidente de M. le Juge MATSCHER, *ibid.*, p. 17.

¹⁹⁵⁹ S. GUINCHARD, « L'instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour EDH dans les débats français sur le statut du Parquet », *JCP G.*, n° 27, 2 Juillet 2018, 760.

¹⁹⁶⁰ CEDH, 10 juillet 2008, Medvedyev c. France, n° 3394/03 ; CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, Medvedyev c. France, n° 3394/03.

¹⁹⁶¹ CEDH, 23 novembre 2010, Moulin c. France, Requête n° 37104/06.

¹⁹⁶² CEDH, 10 juillet 2008, Medvedyev c. France, n° 3394/03.

¹⁹⁶³ §61, *ibid.*

¹⁹⁶⁴ CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, Medvedyev c. France, n° 3394/03

Gouvernement français qui estime que la procédure, malgré les problématiques de présentation¹⁹⁶⁵ est une information judiciaire et que le juge d'instruction français compétent répond bien aux critères attendus par l'article 5§3 de la Convention¹⁹⁶⁶. À cette occasion, elle a rappelé les contours de la notion de juge ou magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires. Synonyme de la notion « d'autorité judiciaire », ce 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, et il doit avoir le pouvoir d'ordonner l'élargissement, après avoir entendu la personne et contrôlé la légalité et la justification de l'arrestation et de la détention »¹⁹⁶⁷.

Cet arrêt Medvedyev permet à la CEDH de réaffirmer sa jurisprudence Schiesser précisée par l'arrêt Huber tout en l'appliquant à la France et son parquet. L'indépendance statutaire du ministère public pose effectivement problème mais n'est pas décisive. Tout comme depuis l'arrêt Schiesser, la dépendance statutaire n'est pas problématique en soit, même si elle est souhaitable. Elle devient problématique quand le ministère exerce des fonctions l'amenant à être partie à la procédure rompant ainsi son impartialité fonctionnelle. Le parquet ne peut pas être dépendant statutairement et prétendre à prendre des décisions de mise en détention ou de liberté pour reprendre les critères de l'arrêt Huber. Par voie de conséquence, l'arrêt indique en filigrane que le parquet n'est pas indépendant du pouvoir politique et qu'il est une partie poursuivante au procès. Il n'est donc pas une autorité judiciaire, a contrario des juges. L'indépendance statutaire faisant défaut à l'un mais pas à l'autre pour exercer des fonctions judiciaires au sens de la Convention. La définition du magistrat et de l'autorité judiciaire telle que réaffirmée par l'arrêt vient fatalement bousculer le modèle français. Un tel arrêt ne manqua pas de faire réagir la doctrine¹⁹⁶⁸ en plein avant-projet de réforme de la procédure pénale

¹⁹⁶⁵ « Les requérants se plaignent en outre du fait qu'après treize jours de détention en mer, ils ont été placés en garde à vue pendant deux à trois jours avant d'être présentés à un juge ou un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires, pour être finalement tous mis en examen et placés en détention provisoire, quel qu'ait été leur degré d'implication dans le trafic. » pour les requérants § 108 ; La Cour note enfin que les requérants ont été placés en garde à vue le 26 juin 2002 à 8 h 45 et que leur présentation effective à un juge d'instruction dans les locaux du commissariat de Brest s'est déroulée, au vu des procès-verbaux produits par le Gouvernement, de 17 h 5 à 17 h 45 pour le premier juge d'instruction, et à des heures inconnues s'agissant du second juge d'instruction (paragraphe 19 ci-dessus), mais étant entendu qu'il n'est pas contesté par les requérants que les auditions par ce dernier ont été concomitantes. En conséquence, la durée de la garde à vue des requérants avant leur traduction devant un juge n'a été que d'environ huit à neuf heures après leur arrivée en France » pour la Cour, § 132, *ibid.*

¹⁹⁶⁶ « Reste que cette présentation aux juges d'instruction, lesquels sont assurément susceptibles d'être qualifiés de « juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » au sens de l'article 5 § 3 », § 128, *ibid.*

¹⁹⁶⁷ § 123 et 124, *ibid.*

¹⁹⁶⁸ V. par ex. : H. MATSOPOULOU, « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », *Gaz. Pal.* 27 avril 2010, p. 15 ; D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010.

prévoyant la suppression du juge d'instruction au profit du parquet français avec un rôle accru au stade de l'enquête¹⁹⁶⁹.

Le principe posé par cet arrêt et les conséquences qu'il emporte pour le parquet français sont confirmés par l'arrêt Moulin¹⁹⁷⁰. Madame France Moulin, avocate, est arrêtée sur commission rogatoire dans une affaire de trafic de stupéfiants et est placée en garde à vue le 13 avril 2005. Il est alors question de l'intervention du parquet, et donc de sa qualité de magistrat ou non au sens de la Convention, pendant les délais de garde à vue et de déferrement de la requérante avant d'être présentée et entendue par les juges d'instruction le 18 avril 2005¹⁹⁷¹.

L'arrêt constate, tout comme l'arrêt Medvedyev à qui il fait référence, les particularités statutaires du parquet français et de son lien avec le pouvoir politique. La requérante estime qu'elle a été détenue 5 jours sans être présentée à une autorité judiciaire sur le fondement de l'arrêt Schiesser notamment¹⁹⁷². Le Gouvernement estime qu'elle a été présentée au Procureur de Toulouse « magistrat indépendant appartenant à l'ordre judiciaire » et que l'article 5§3 n'exige pas que le magistrat soit un juge du siège. Il fait valoir l'unité du corps judiciaire et les garanties de recrutement et de formation des magistrats français pour justifier l'indépendance du parquet¹⁹⁷³.

La Cour s'interroge alors sur l'applicabilité de la notion de magistrat au sens de la Convention à un procureur adjoint du ministère public. Reprenant d'emblée l'arrêt Medvedyev, elle relève que le juge du siège dispose d'un statut différent de celui du parquet malgré l'unité du corps judiciaire. Elle note les liens de dépendances entre le parquet et le pouvoir politique. Elle considère alors « que le procureur adjoint de Toulouse, membre du ministère public, ne remplissait pas, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention, les garanties d'indépendance exigées par la jurisprudence pour être qualifié, au sens de cette disposition, de « juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires »¹⁹⁷⁴ « excluant notamment

970. ; P. HENNION-JACQUET, « L'arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français », *D* 2010. 1390. ; S. LAVRIC, « Arrêt de Grande chambre dans l'affaire Medvedyev : le statut du parquet tombé à l'eau? », *D. actu*, 31 mars 2010, *D.* 2010. 1386 ; J.P MARGUENAUD, « Tempête sur le parquet : *bis sed non repetita* » (CEDH, Grande Chambre, 29 mars 2010, Medvedyev *c.* France), *RSC*, 2010, 685. ; J-B THIERRY, « L'arrêt Medvedyev *c/* France du 29 mars 2010 : juge d'instruction : 1 – Parquet : 0 », *D. pénal*, n° 6, Juin 2010, étude 12 ; E. BOCCARA, « Le boomerang Medvedyev », *Gaz. Pal.* 27 avril 2010, p. 3.

¹⁹⁶⁹ Avant-projet du futur code de procédure pénale soumis à concertation, 1^{er} mars 2010, 225 p.

¹⁹⁷⁰ CEDH, 23 novembre 2010, Moulin *c.* France, Requête n° 37104/06.

¹⁹⁷¹ § 51, *ibid.*

¹⁹⁷² § 34 -37, *ibid.*

¹⁹⁷³ § 40-41, *ibid.*

¹⁹⁷⁴ § 59, *ibid.*

qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale »¹⁹⁷⁵. Pour la Cour, la requérante n'a donc rencontré une autorité judiciaire que le 18 avril 2005 lors de sa présentation et audition par les juges d'instruction. La période de 5 jours contrôlée par le ministère était alors en dehors d'un contrôle judiciaire en violation de l'article 5§3 de la Convention¹⁹⁷⁶. S'attardant moins sur les garanties fonctionnelles accordées normalement au magistrat, elle s'arrête et appuie sur le défaut de garantie institutionnelle et statutaire d'indépendance.

Par l'arrêt *Moulin*, il est confirmé que le parquet français n'est pas une autorité judiciaire. La garantie statutaire d'indépendance fait défaut l'empêchant alors d'être partie au procès. Elle persiste et signe la remise en cause claire du modèle français et l'action du ministère public dans la procédure pénale. La garde à vue est l'exemple idéal pour apprécier le rôle du parquet français¹⁹⁷⁷.

L'arrêt *Vassis*¹⁹⁷⁸ se penche à nouveau¹⁹⁷⁹ sur une garde à vue contrôlée par le ministère public à la suite de l'interception d'un navire dans une affaire de stupéfiants avant la présentation des requérants devant un juge. L'arrêt ne prend pas la peine de se prononcer sur l'indépendance statutaire du parquet français, renvoyant directement à la solution de l'arrêt *Moulin*¹⁹⁸⁰. Il se borne à apprécier le délai de promptitude d'intervention d'une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la Convention. La Cour indique que le délai d'acheminement du navire pendant laquelle les requérants sont détenus sans contrôle peut s'expliquer du fait des circonstances exceptionnelles reprenant la solution de l'arrêt *Medvedyey* sur ce point. En revanche, elle constate un long délai entre le début de la garde à vue décidée par le procureur et leur présentation au juge des libertés et de la détention n'est intervenue que 2 jours plus tard. Cette dernière fait suite à 12 jours pendant l'acheminement. Pour la Cour, rien ne justifiait un tel délai¹⁹⁸¹. Le statut du parquet n'est plus un problème en soit, la question est tranchée et la solution est claire. Néanmoins, elle valide que la possibilité d'un délai d'intervention de l'autorité judiciaire de deux jours était compatible avec la Convention¹⁹⁸². Ainsi, le parquet, qui n'est pas une autorité judiciaire, peut malgré tout contrôler une privation de liberté comme la

¹⁹⁷⁵ § 58, *ibid.*

¹⁹⁷⁶ Sur la privation de liberté comme une garde à vue en dehors d'un contrôle d'une autorité judiciaire, CEDH, 29 nov. 1988, *Brogan et Autres c. Royaume-Uni*, Requête n° 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85.

¹⁹⁷⁷ C. CHARRIERE-BOURNAZEL, « France *Moulin*, la CEDH et la France », *Gaz. Pal.* 30 nov. 2010, p. 12 ; F. FOURMENT, « Après l'affaire *Moulin* (CEDH, 5e sect., 23 nov. 2010), encore du grain à moudre », *D.* 2011, p. 26.

¹⁹⁷⁸ CEDH, 27 juin 2013, *Vassis c. France*, n° 62736/09.

¹⁹⁷⁹ C. KLEITZ, « Garde à vue à la française : la série strasbourgeoise à succès », *Gaz. Pal.* 4 juill. 2013.

¹⁹⁸⁰ § 53, *ibid.*

¹⁹⁸¹ § 58 et 59, *ibid.*

¹⁹⁸² § 56, CEDH, 29 avril 1999, *Aquilina c. Malte*, n° 25642/94, *ibid.*

garde à vue à condition qu'un juge intervienne dans un délai raisonnable. Cette solution laisse une possibilité au parquet de continuer à intervenir dans la procédure tout en n'étant pas une autorité judiciaire. La Cour fait souffler un « chaud-froid »¹⁹⁸³ à propos du modèle français en le condamnant fermement statutairement tout en lui laissant une certaine latitude fonctionnelle. Enfin, l'arrêt Hassan¹⁹⁸⁴, sur des faits similaires, pose la même solution que l'arrêt Vassis avec le même raisonnement¹⁹⁸⁵. Les requérants ont été « placés en garde à vue plutôt que traduits « sans délai »¹⁹⁸⁶ devant un « juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires »¹⁹⁸⁷. Il considère alors que le procureur n'est pas une autorité judiciaire.

À la lumière de cette suite jurisprudentielle majeure contre la France, le message est on ne peut plus clair. Le parquet n'est pas une autorité judiciaire du fait d'une indépendance statutaire insuffisante. Il ne peut pas être alors partie poursuivante et ne se devrait pas se prononcer pour une privation de liberté telle que la garde à vue. Son intervention est tolérée si une autorité judiciaire intervient dans un délai assez bref. Le modèle français est alors franchement remis en cause et menacé. Néanmoins, l'interprétation et la remise en cause qui suit du parquet « à la Française » ne vaut que pour la CEDH. La Cour de justice de l'Union Européenne ne partage la même.

À l'aune du mandat d'arrêt européen (MAE) et l'article 6§1¹⁹⁸⁸, la CJUE s'est penchée sur l'autorité judiciaire d'émission d'un tel mandat. Cette dernière pouvant être un procureur membre du ministère public, la question de son indépendance s'est alors inmanquablement posée. Dans une jurisprudence récente mais foisonnante, elle se distingue de la CEDH sur la solution.

¹⁹⁸³ F. FOURMENT, « Chaud-froid strasbourgeois sur le procureur de la République et la garde à vue », *Gaz. Pal.* 15 oct. 2013.

¹⁹⁸⁴ CEDH, 4 décembre 2014, Hassan et autres c. France, n° 46695/10 et 54588/10.

¹⁹⁸⁵ «Il reste cependant – ce qui distingue la présente espèce des affaires *Rigopoulos* et *Medvedyev et autres* et la rapproche de l'affaire *Vassis et autres* – le fait qu'une fois arrivés en France, les requérants ont été placés en garde à vue durant quarante-huit heures plutôt que présentés immédiatement à un juge d'instruction. La circonstance que – comme l'a constaté la Cour de cassation – cette garde à vue était conforme au droit interne n'est pas déterminante dans le contexte de l'appréciation du respect de la condition de promptitude que pose l'article 5 § 3 de la Convention. Comme dans l'affaire *Vassis et autres* précitée (§ 59), la Cour estime que rien ne justifiait un tel délai supplémentaire dans les circonstances de l'espèce. », § 100 et 101, *ibid.*

¹⁹⁸⁶ O. DECIMA, « À la recherche du temps perdu en garde à vue », CEDH, 4 déc. 2014, Hassan et autres c/ France », *D. pénal*, n° 2, Février 2015, étude 5.

¹⁹⁸⁷ § 104, *ibid.*

¹⁹⁸⁸ Décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, 2002/584/JAI, JOCE du 18/07/2002, L190/1.

Depuis 2019, la CJUE a commencé à se prononcer sur le statut des parquets émetteurs de MAE et de leur degré d'indépendance. Les premiers analysés furent les parquets allemands et lituaniens¹⁹⁸⁹. L'Irlande réceptionnant deux MAE allemandes, s'est interrogée sur la qualité du ministère public allemand, sur son indépendance du pouvoir politique. La Cour suprême Irlandaise posait alors à la Cour plusieurs questions préjudicielles visant les contours de l'indépendance de l'exécutif nécessaire pour émettre des mandats d'arrêts européens¹⁹⁹⁰.

La Cour commence par expliquer à quelles autorités peuvent s'appliquer les notions d'autorité judiciaire d'émission. Elle estime qu'elles ne « se limitent pas à désigner les seuls juges ou juridictions d'un État membre, mais doivent s'entendre comme désignant, plus largement, les autorités participant à l'administration de la justice pénale de cet État membre, à la différence, notamment, des ministères ou des services de police, qui relèvent du pouvoir exécutif »¹⁹⁹¹ comprenant ainsi le parquet¹⁹⁹². Cette autorité émettrice de mandat doit répondre et respecter différents droits fondamentaux de la personne recherchée et du pays destinataire du mandat. Parmi ces droits fondamentaux, l'autorité émettrice doit être indépendante du pouvoir politique dans ses fonctions. Cette indépendance doit passer par des mesures statutaires et organisationnelles pour éviter l'immixtion du pouvoir politique dans sa décision par le biais d'instructions individuelles¹⁹⁹³. Pour la Cour, l'instruction individuelle est l'exemple d'une dépendance au pouvoir politique incompatible avec l'émission d'un tel mandat. Dans le cas du parquet allemand, selon les Länder, ces instructions peuvent être écrites, orales ou n'ont simplement pas lieu. Ainsi, le seul risque d'influence du pouvoir politique dans un cas

¹⁹⁸⁹ CJUE, 27 mai 2019, OG et PI / parquets de Lübeck et de Zwickau (C-508/18 et C-82/19 PPU) et PF / procureur général de Lituanie (C-509/08).

¹⁹⁹⁰ « 1) L'indépendance d'un parquet à l'égard du pouvoir exécutif doit-elle être déterminée en fonction du statut que ce parquet occupe au sein de l'ordre juridique national en cause ? En cas de réponse négative, quels sont les critères d'appréciation permettant d'établir son indépendance par rapport au pouvoir exécutif ? 2) Un parquet qui, en vertu du droit national, peut être soumis, directement ou indirectement, à un ordre ou une instruction d'un ministère de la Justice est-il suffisamment indépendant à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être considéré comme une "autorité judiciaire", au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584 ? 3) En cas de réponse affirmative, le parquet doit-il être indépendant du pouvoir exécutif également du point de vue fonctionnel et quels sont les critères pour déterminer cette indépendance fonctionnelle 4) S'il peut être considéré comme indépendant du pouvoir exécutif, un parquet dont les fonctions sont limitées à engager et à mener des enquêtes, à veiller à ce que celles-ci soient menées de façon objective et licite, à déclencher l'action publique, à exécuter des décisions judiciaires et à engager des poursuites pénales et dont les compétences ne s'étendent pas à l'émission de mandats d'arrêt nationaux ni à l'exercice de fonctions judiciaires peut-il être considéré comme une "autorité judiciaire", au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584 ? 5) Le parquet de Lübeck est-il une "autorité judiciaire", au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584 ? », §22, *ibid.*

¹⁹⁹¹ § 50, *ibid.*

¹⁹⁹² « Il découle des considérations exposées aux points 50 à 59 du présent arrêt qu'une autorité, telle qu'un parquet, qui dispose de la compétence, dans le cadre de la procédure pénale, pour exercer des poursuites à l'égard d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale aux fins qu'elle soit attrait devant une juridiction, doit être considérée comme participant à l'administration de la justice de l'État membre concerné. », § 60, *ibid.*

¹⁹⁹³ §73 et 74, *ibid.*

individuel ne répond pas aux exigences demandées d'indépendance pour émettre un mandat, même si en l'espèce aucunes instructions n'avaient été données¹⁹⁹⁴. Dès lors « la notion d'« autorité judiciaire d'émission », au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne vise pas les parquets d'un État membre qui sont exposés au risque d'être soumis, directement ou indirectement, à des ordres ou à des instructions individuels de la part du pouvoir exécutif, tel qu'un ministre de la Justice »¹⁹⁹⁵. Pour la Cour, l'indépendance fonctionnelle n'est pas suffisamment garantie pour considérer le parquet allemand comme une autorité judiciaire d'émission.

A contrario, et à travers des principes et un raisonnement identique, la Cour a estimé que l'indépendance du pouvoir politique des procureurs lituaniens était garantie constitutionnellement, en agissant en dehors de toute influence extérieure. La Cour en conclut que le parquet est structurellement indépendant du pouvoir exécutif et peut être considéré comme une autorité judiciaire d'émission¹⁹⁹⁶.

Par ces deux arrêts, la Cour privilégie la garantie de l'indépendance fonctionnelle du parquet. Elle peut évidemment être accompagnée de garanties statutaires mais il semble que ce soit l'aspect fonctionnel qui prime à travers l'exemple de l'instruction individuelle. Cette solution est précisée par un nouvel arrêt d'octobre 2019¹⁹⁹⁷. Sur une question préjudicielle Allemande, destinataire d'un MAE autrichien, la Cour approuve la procédure utilisée. Les mandats sont obligatoirement homologués avant d'être transmis par un tribunal indépendant peu importe si le parquet prenant la décision initiale ne l'est pas. L'instruction individuelle potentiellement à l'origine du mandat n'influe pas sur la légalité du mandat, grâce à l'intervention d'un juge¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹⁴ § 84, *ibid.*

¹⁹⁹⁵ § 90, *ibid.*

¹⁹⁹⁶ « La notion d'« autorité judiciaire d'émission », au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise le procureur général d'un État membre qui, tout en étant structurellement indépendant du pouvoir judiciaire, est compétent pour exercer les poursuites pénales et dont le statut, dans cet État membre, lui confère une garantie d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif dans le cadre de l'émission du mandat d'arrêt européen. », CJUE, 27 mai 2019, PF / procureur général de Lituanie, (C-509/08).

¹⁹⁹⁷ CJUE, 9 octobre 2019, NJ /parquet de Vienne, (C-489/19 PPU).

¹⁹⁹⁸ « La notion de « mandat d'arrêt européen », visée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, doit être interprétée en ce sens que relèvent de cette notion les mandats d'arrêt européens émis par les parquets d'un État membre, bien que ces parquets soient exposés au risque d'être soumis, directement ou indirectement, à des ordres ou à des instructions individuels de la part du pouvoir exécutif, tel qu'un ministre de la Justice, dans le cadre de l'émission de ces mandats d'arrêt, pour autant que lesdits mandats d'arrêt font l'objet, obligatoirement, afin de pouvoir être transmis par lesdits parquets, d'une homologation par un tribunal qui contrôle de façon indépendante et objective, en ayant accès à l'intégralité du dossier répressif auquel sont versés d'éventuels ordres ou instructions

Une troisième salve d'arrêt de la CJUE est intervenue en cette matière. Par trois arrêts du 12 décembre 2019 visant les parquets français, suédois et belge¹⁹⁹⁹, la Cour a confirmé ses positions sur l'indépendance. Ils posent également des garanties supplémentaires pour la personne visée par le mandat, sur sa protection juridictionnelle effective par un recours contre le mandat au sein et contre l'État émetteur²⁰⁰⁰.

Concernant les parquets suédois et belges, la Cour applique sa récente jurisprudence estimant qu'ils puissent être tous les deux des autorités judiciaires d'émissions puisque indépendants du pouvoir politique. Le procureur suédois voit son indépendance structurelle garantie²⁰⁰¹ tandis que même si le parquet belge reste soumis au pouvoir politique par des directives en matières pénales, il est indépendant car cela « ne constituent ni des injonctions ni des instructions visant une affaire particulière. »²⁰⁰². La Cour confirme que si l'indépendance statutaire est garantie, l'État membre est considéré comme autorité judiciaire d'émission. À défaut, la CJUE prend en compte l'indépendance fonctionnelle du parquet, même s'il n'est pas vraiment indépendant statutairement pour décider s'il est une autorité judiciaire d'émission ou non.

Sur ces principes, le parquet français fût alors scruté pour vérifier s'il pouvait ou non être qualifié d'autorité judiciaire d'émission. La Cour liste les dispositions constitutionnelles de garantie par le Président de la République de l'indépendance de la magistrature assisté par le CSM, statutaires de l'ordonnance de 1958 sur l'autorité du garde du sceaux sur le parquet et les

individuels de la part du pouvoir exécutif, les conditions d'émission ainsi que la proportionnalité de ces mêmes mandat d'arrêt, adoptant ainsi une décision autonome qui leur donne leur forme définitive. », *ibid.*

¹⁹⁹⁹ CJUE, 12 déc. 2019, Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours), C-566/19 PPU et Openbaar Ministerie (Procureurs de Lyon et de Tours), C-626/19PPU ; Openbaar Ministerie (Parquet Suède), C-625/19PPU ; Openbaar Ministerie (Procureur du Roi de Bruxelles), C-627/19PPU.

²⁰⁰⁰ « La décision-cadre 2002/584, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299, doit être interprétée en ce sens que les exigences inhérentes à une protection juridictionnelle effective dont doit bénéficier une personne à l'égard de laquelle est émis un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuites pénales sont remplies dès lors que, selon la législation de l'État membre d'émission, les conditions de délivrance de ce mandat et notamment son caractère proportionné font l'objet d'un contrôle juridictionnel dans cet État membre. », CJUE, 12 déc. 2019, Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours), C-566/19 PPU et Openbaar Ministerie (Procureurs de Lyon et de Tours), C-626/19PPU.

²⁰⁰¹ « La juridiction de renvoi fait valoir, d'une part, qu'il ressort des informations fournies par les autorités suédoises dans le cadre de la procédure au principal que, en Suède, les membres du parquet participent à l'administration de la justice et agissent de manière indépendante sans encourir le risque d'être soumis, directement ou indirectement, à des ordres ou à des instructions individuels de la part du pouvoir exécutif. », §20 ; « Cette interprétation est confortée par l'arrêt du 27 mai 2019, PF (Procureur général de Lituanie) (C-509/18, EU:C:2019:457), dans lequel la Cour a jugé que le procureur général d'un État membre qui, tout en étant structurellement indépendant du pouvoir judiciaire, est compétent pour exercer les poursuites pénales et dont le statut, dans cet État membre, lui confère une garantie d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif dans le cadre de l'émission du mandat d'arrêt européen doit être qualifié d'autorité judiciaire d'émission », § 31, CJUE, 12 déc. 2019, Openbaar Ministerie (Parquet Suède), C-625/19PPU.

²⁰⁰² § 27, CJUE, 12 déc. 2019, Openbaar Ministerie (Procureur du Roi de Bruxelles), C-627/19PPU.

dispositions du code de procédure pénale à propos des instructions générales et individuelles du garde des sceaux sur l'exercice impartial de l'action publique.

Partant des règles françaises et à la lumière de ses jurisprudences antérieures, elle considère dès lors que « la participation à l'administration de la justice pénale des membres du parquet, qui en France ont la qualité de magistrats, n'est pas contestée. »²⁰⁰³. Elle ne se demande pas si le parquet est indépendant, elle se pose la « question de savoir si ces magistrats agissent de manière indépendante dans l'exercice des fonctions inhérentes à l'émission d'un mandat d'arrêt européen »²⁰⁰⁴.

La Cour estime que l'absence d'instruction individuelle de la part du pouvoir exécutif permet de démontrer que les « magistrats du parquet disposent du pouvoir d'apprécier de manière indépendante, notamment par rapport au pouvoir exécutif, la nécessité et le caractère proportionné de l'émission d'un mandat d'arrêt européen et exercent ce pouvoir de manière objective, en prenant en compte tous les éléments à charge et à décharge »²⁰⁰⁵. Son indépendance n'est pas non plus remise en cause par l'exercice de l'action publique ou parce que sous le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques²⁰⁰⁶ de manière inédite²⁰⁰⁷.

Dès lors et pour la CJUE, le parquet français relève de la notion d'autorité judiciaire d'émission tel qu'exigé par la décision cadre sur les mandats d'arrêts européens²⁰⁰⁸. En s'appuyant sur l'indépendance fonctionnelle via les instructions individuelles pour étayer son argumentaire, la Cour en conclut, sans l'énoncer clairement, que l'indépendance statutaire n'est pas garantie à l'instar du parquet belge. Elle n'a pas considéré que le parquet français était structurellement indépendant comme pour le parquet suédois. Ainsi, l'indépendance statutaire française n'est pas structurellement garantie. Elle ne repose alors principalement que sur la prohibition des instructions individuelles.

²⁰⁰³ § 53, CJUE, 12 déc. 2019, Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours), C-566/19 PPU et Openbaar Ministerie (Procureurs de Lyon et de Tours), C-626/19PPU.

²⁰⁰⁴ § 54, *ibid.*

²⁰⁰⁵ § 55, *ibid.*

²⁰⁰⁶ § 56 et 57, *ibid.*

²⁰⁰⁷ F. PICOD, « Un coup d'arrêt dans la montée en puissance des exigences de la Cour de justice », *JCP G.*, n° 51, 16 Décembre 2019, 1340.

²⁰⁰⁸ « L'article 6, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, doit être interprété en ce sens que relèvent de la notion d'« autorité judiciaire d'émission », au sens de cette disposition, les magistrats du parquet d'un État membre, chargés de l'action publique et placés sous la direction et le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques, dès lors que leur statut leur confère une garantie d'indépendance, notamment par rapport au pouvoir exécutif, dans le cadre de l'émission du mandat d'arrêt européen. », *ibid.*

Si l'annonce de cet arrêt concernant le parquet français a pu susciter des interrogations quant à la solution qui serait retenue²⁰⁰⁹, elle est finalement en parfaite cohérence avec les précédents arrêts rendus en la matière. L'indépendance fonctionnelle reste l'exigence minimale, à défaut d'une indépendance statutaire, permettant d'accorder la qualité d'autorité judiciaire émettrice. Ces arrêts dépassent le simple cadre du mandat d'arrêt, ils servent de tremplin à la caractérisation et la définition de l'autorité judiciaire comme notion autonome²⁰¹⁰. Elle est une contribution importante au renforcement des droits fondamentaux par l'instauration de standards²⁰¹¹ à travers un emblème de la coopération européenne²⁰¹².

De l'étude des arrêts de la CEDH et de la CJUE sur l'indépendance des ministères publics dont le français plus spécifiquement, il en ressort une divergence²⁰¹³ nette. Pour l'un, le ministère public français n'est pas indépendant du pouvoir politique, pour l'autre, quasiment. Dans les deux cas, il est question d'une privation de liberté demandée et/ou contrôlée par le ministère public, que ce soit une garde à vue ou un mandat d'arrêt. Cela ne peut pas alors être un facteur jouant sur la divergence de vue sur l'indépendance.

Les deux Cours partent du même postulat de départ pour leurs analyses. Elles prennent l'indépendance statutaire comme point d'ancrage. Les deux considèrent que le parquet français n'est pas indépendant du garde des sceaux d'un point de vue statutaire. La divergence se fait sur les conséquences que les Cours dressent de ce constat. La CEDH exprime l'impossibilité d'être dépendant statutairement et d'être par la suite partie poursuivante à la procédure. A contrario, la CJUE vérifie si l'indépendance fonctionnelle peut être garantie malgré cette dépendance. La CJUE est nettement plus souple que la CEDH sur l'octroi de la qualité d'autorité judiciaire à travers le prisme de l'indépendance. La dépendance statutaire fait obstacle pour la CEDH, pas pour la CJUE.

²⁰⁰⁹ « Il est donc probable que, le moment venu, les autorités françaises feront valoir que leur parquet ne saurait être considéré que comme une autorité d'exécution du MAE. Parviendront-elles à leurs fins ? Seul l'avenir nous le dira. » D. COUJARD, « Statut du parquet : le oui de la CJUE, le mais de la CEDH », *Gaz. Pal.* 18 juin 2019, p. 17 ; « Finalement, la conformité du droit interne ne semble pas totalement acquise et cette décision augure un nouveau débat sur la qualité d'autorité judiciaire du ministère public français. », T. HERRAN, « La notion d'autorité judiciaire dans le mandat d'arrêt européen », *AJ Pénal.*, 2019, p. 453 ; D. REBUT, « Le ministère public français inapte à émettre des mandats d'arrêts européens ? », *JCP G.*, n° 50, 9 Décembre 2019, 1284.

²⁰¹⁰ E. RUBI-CAVAGNA, « Le parquet peut-il émettre un mandat d'arrêt européen ? », *D.* 2019, p. 2122.

²⁰¹¹ C. MAYEUR CARPENTIER, « Le mandat d'arrêt européen et l'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission », *RUE*, 2020, p. 87.

²⁰¹² C. GUILLARD, « Le mandat d'arrêt européen dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RUE*, 2020, p. 68.

²⁰¹³ J. PRADEL, « L'indépendance fonctionnelle du parquet français face aux interprétations divergentes des deux cours européennes », *D.*, 2020, p. 442.

L'arrêt Huber de la CEDH évoque à propos de l'indépendance statutaire qu'elle joue le rôle d'une garantie institutionnelle. On peut légitimement penser alors qu'elle doit prédominer sur tout le reste. Pour la CEDH, si cette garantie n'est pas remplie, le parquet n'est pas une autorité judiciaire. Dès lors, il est peut être hasardeux de se cantonner à vérifier une stricte indépendance fonctionnelle si, dans le même temps, l'indépendance statutaire est défailante ou imparfaite. La CJUE s'assure d'une absence de risque sur l'indépendance réelle fonctionnelle, rejetant tout problème pouvant survenir d'un manque d'indépendance statutaire. Elle fait primer l'indépendance fonctionnelle sur la statutaire à rebours de la CEDH.

Cette opposition entre juridictions révèle toute la difficulté d'appréhender les relations entre le parquet et pouvoir politique ; et par ricochet, au nom de l'unité de l'autorité judiciaire, entre la magistrature et le pouvoir politique. Si une telle divergence subsiste, c'est parce qu'une telle question est très complexe à trancher. Face à cette critique unanime sur son statut mais divergente sur l'aspect fonctionnel, la France n'y apporte pas une réponse franche. Elle s'arrête aux bonnes intentions et aux projets évitant de s'attaquer réellement au fond du problème tel que relevé par les Cours européennes. La magistrature « à la Française » est fermement ancrée.

II : Une remise en cause interne de la conception française quasi-unanime

Les critiques portant sur le statut du parquet, la réponse française tournera alors essentiellement autour de celui-ci. Avant d'aboutir à la décision du Conseil constitutionnel de 2017 validant le parquet « à la Française », la France n'est pas restée passive face aux critiques qu'elle subissait.

D'abord, la Cour de cassation s'est exprimée en réponse à la charge des arrêts Medvedyev et Moulin²⁰¹⁴. Par un arrêt du 15 décembre 2010²⁰¹⁵, la Cour va intégrer la jurisprudence de la CEDH pour l'appliquer à la garde à vue ordonnée et prolongée par le ministère public. Elle confirme que le parquet n'est pas une autorité judiciaire au sens conventionnel en reprenant les

²⁰¹⁴ V. par ex : J. LEROY, « Le parquet peut-il contrôler la garde à vue ? Oui, mais... JC"G., n° 8, 21 Février 2011, 214 ; A. GUIDICELLI, « Le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : quelles conséquences sur le contrôle de la garde à vue ? », *Rev. sc. crim.*, 2011, p. 142 ; S. LAVRIC, « Contrôle du parquet sur la garde à vue : la chambre criminelle se prononce », *D.* 2011, p. 338 ; L. ASCENCI, « Le ministère public est-il une autorité judiciaire ? », *AJ Pénal*, 2011, p. 198.

²⁰¹⁵.Cass. Crim., 15 décembre 2010, n° 10-83.674.

termes de la CEDH²⁰¹⁶ contredisant la chambre de l'instruction sur ce point²⁰¹⁷. Néanmoins, la censure de la garde à vue n'est pas encourue car « dès lors que le demandeur a été libéré à l'issue d'une privation de liberté d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par ledit texte conventionnel »²⁰¹⁸ peu importe la dépendance statutaire du parquet. Elle reprend les critiques des arrêts Medvedyey et Moulin tout en s'engouffrant dans la brèche laissée ouverte comme dans les arrêts Vassis ou Hassan. Cette position est confirmée en des termes similaires quelques mois après²⁰¹⁹.

La Cour de cassation s'aligne alors sur les critiques émises et les possibilités offertes par la CEDH. Le message est passé, ces arrêts en sont l'exemple parfaits. En somme, le parquet peut contrôler la garde à vue mais qu'un court moment²⁰²⁰, car en réalité, il ne le peut pas totalement. Il n'a pas la qualité pour le faire, a contrario, d'un juge des libertés et de la détention. Déjà en désaccord avec la CEDH, la Chancellerie le sera alors tout autant avec la Cour de Cassation²⁰²¹.

Face à cet alignement Cour de Cassation/ CEDH sur la remise en cause du statut d'autorité judiciaire du parquet, toutes les Cours n'ont pas suivi ce raisonnement. Sur cette question spécifique de la garde à vue, le Conseil constitutionnel reste constant sur le champ de l'autorité judiciaire. Par une décision du 30 juillet 2010²⁰²² déclarant inconstitutionnelle la garde à vue et

²⁰¹⁶ « Attendu que, si c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante », *ibid.*

²⁰¹⁷ « Que l'arrêt rendu depuis lors par la grande chambre le 29 mars 2010, (statuant sur une requête introduite le 19 décembre 2002), ne reprend pas dans sa motivation l'affirmation selon laquelle le parquet n'est pas une autorité judiciaire, étant du reste observé que la Cour européenne des droits de l'homme n'était pas directement saisie de cette question ; qu'outre les dispositions des articles 63 du code de procédure pénale et suivants applicables à la garde à vue, il sera rappelé que, par décision du 11 août 1993, le Conseil constitutionnel a affirmé que le parquet était une autorité judiciaire et que la chambre criminelle de la Cour de cassation n'est toujours pas, à ce jour, revenue sur sa jurisprudence du 10 mars 1992, selon laquelle, statuant sur l'application de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle a décidé que le procureur était un magistrat habilité à prolonger la durée de la garde à vue dans les limites que la loi autorise ; qu'en l'état ce moyen sera rejeté », *ibid.*

²⁰¹⁸ *Ibid.*

²⁰¹⁹ « Attendu qu'en cet état, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ; que, s'il est vrai que le ministère public, ne présentant pas les garanties d'indépendance et d'impartialité et étant partie poursuivante, n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 précité, aucune nullité n'est en l'espèce encourue, dès lors que le demandeur a été présenté à un magistrat du siège dans un délai compatible avec les dispositions de ce texte », Cass. Crim., 18 janvier 2011, n° 10-84.980.

²⁰²⁰ A-S. CHAVENT-LECLERE, « La promptitude au secours de l'indépendance du Parquet ! », *Procédures* n° 2, Février 2011, comm. 67.

²⁰²¹ « Nous ne partageons ni l'analyse ni le raisonnement de la Cour européenne. Nous prenons acte de cette décision mais nous exerçons le droit de recours ». Voilà comment avec une confondante constance, qui se transmet donc de Garde en Garde, le ministère de la justice a accueilli le nouveau faire-part de décès envoyé par la CEDH », F. ROME, « Magistrature debout, l'Europe aboie, la Chancellerie passe », *D.*, 2010, p. 2761.

²⁰²² QPC n° 2010-14/22 du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], JORF du 31 juillet 2010, p. 14198, texte n° 105, Rec., p. 179.

précipitant sa réforme²⁰²³, il confirme que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet tout en précisant l'intervention d'un juge du siège par la suite justifiant ainsi l'intervention du parquet²⁰²⁴. La décision aboutit à la même solution mais ne partage pas le même avis sur son statut. Au moins, le Conseil constitutionnel est cohérent entre sa conception du parquet et son rôle. Néanmoins, si le parquet est au même titre que le siège une autorité judiciaire, pourquoi le Conseil s'évertue, comme la CEDH ou la Cour de cassation, à affirmer et exiger l'intervention rapide du siège pour garantir le régime de la garde à vue. La CEDH ou la Cour de cassation le fait pour répondre au fait qu'il n'est pas une autorité judiciaire. Si le parquet était vraiment une autorité judiciaire, le Conseil n'aurait même pas besoin de le préciser.

Bien que maintenu en vie par la jurisprudence constitutionnelle, le statut du parquet est fortement ébranlé par les assauts de la CEDH et de la Cour de cassation. Une réforme semble alors inéluctable²⁰²⁵. La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) a rendu un avis²⁰²⁶ sur les contours d'une réforme d'une telle ampleur, supposée mettre un terme à l'ambiguïté entourant le parquet et permettre à la magistrature d'affirmer définitivement son indépendance. L'objectif est de clarifier les liens entre le pouvoir politique et le parquet par une plus grande indépendance. Elle propose une scission de la magistrature; entre des juges

²⁰²³ V. à ce sujet, « La garde à vue de droit commun inconstitutionnelle », *JCP G.*, 2010, n° 35, p. 844 ; C. CHARRIERE-BOURNAZEL, « La garde à vue : le sursaut républicain », *D.*, 2010, n° 29, 928 ; F. CHALTIEL, « Le régime juridique de la garde à vue est inconstitutionnel », *LPA*, 9 novembre 2010, n° 223, p. 3-10 ; A-S ; CHAVENT-LECLERE, « L'inconstitutionnalité de la garde à vue française », *Procédures*, novembre 2010, n° 11, p. 23-24 ; B. de LAMY, « L'avancée des garanties en matière de garde à vue ou la consécration d'un basculement de la procédure pénale vers la phase policière ? », *Rev. sc. crim.*, janvier-mars 2011, n° 1, p. 165-173.

²⁰²⁴ « Considérant que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet ; que l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures ; qu'avant la fin de cette période, le déroulement de la garde à vue est placé sous le contrôle du procureur de la République qui peut décider, le cas échéant, de sa prolongation de vingt-quatre heures ; qu'il résulte des articles 63 et 77 du code de procédure pénale que le procureur de la République est informé dès le début de la garde à vue ; qu'il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté ; qu'il lui appartient d'apprécier si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est suspectée d'avoir commis ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté ; », Considérant 26, *ibid.*

²⁰²⁵ V. par ex : E. ALLAIN, « Faut-il réformer le statut du ministère public ? », *D. actualité*, 28 mars 2011 ; J. FICARA, « Quelle indépendance pour le Parquet », *AJ Pénal*, 2012, 509 ; M. LENA, « Des promesses ? », *AJ Pénal*, 2017, p.101 ; M. BABONNEAU, « Indépendance du parquet : des « discussions » autour de la réforme », *D. actualité*, 14 septembre 2015 ; « Rentrée solennelle : réquisitions de Jean-Louis Nadal pour une réforme du parquet », *JCP G.*, n° 3, 17 Janvier 2011, 64 ; D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, p. 970. ; M. DELMAS-MARTY, « Réformer le parquet est inéluctable », *Le Monde*, 5 avr. 2010. ; F. SUDRE, « Le rôle du parquet en question », *JCP G.*, 2010, I, 454. ; F. TIBERGHIE, « Quelles perspectives pour la la future réforme du CSM ? », *JCP G.*, n° 30-35, 28 Juillet 2014, 860 ; L. RASCHEL, « Réforme du CSM : nouvel essai », *Gaz. Pal.* 9 févr. 2016, p. 51.

²⁰²⁶ CNCDH, Avis sur l'indépendance de la justice, JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 102.

vraiment indépendants et des parquetiers abandonnant leur indépendance. À défaut d'un schisme, il conviendrait de faire évoluer son statut vers plus d'indépendance. Pour ce faire, elle propose de supprimer les instructions individuelles, de repenser la composition et de renforcer les pouvoirs du CSM. Parallèlement à cet avis, un rapport est commandé par Madame la garde des sceaux, Christiane Taubira en 2013 sur la réforme du ministère public²⁰²⁷. Ce rapport, dit rapport Nadal, préconise en premier lieu de garantir l'indépendance statutaire du ministère public. Elle passe par la consécration constitutionnelle de l'unité du corps judiciaire, la nomination sur proposition du CSM des procureurs de la République, des procureurs généraux et des membres du parquet général de la Cour de cassation, de soumettre à l'avis conforme tous les autres membres du parquet pour la nomination, la mutation et le transfert des compétences disciplinaires du garde des sceaux au CSM²⁰²⁸. La CNCDH proposait des mesures semblables à celles du rapport Nadal pour la réforme du statut du parquet.

Au-delà de ces avis ou rapports aussi pertinents soit-il en théorie, il incombe au pouvoir politique de transformer les propositions à travers une réforme de manière concrète. La première réponse politique aux critiques sur le parquet se fait sur les instructions. le pouvoir politique prohibe les instructions individuelles²⁰²⁹. Bien que pouvant être jugées nécessaires²⁰³⁰, leur suppression est une avancée notable pour défaire le lien entre le parquet et le garde des sceaux, elle ne peut être la seule réponse. Elle ne peut être qu'un début²⁰³¹, qu'un minimum. De plus, les instructions individuelles, supprimées ou non, touchent les conséquences de la dépendance, et non pas la dépendance elle-même. La loi ajoute que l'exercice de l'action publique devra se faire « dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu »²⁰³², impartialité bienvenue vis-à-vis des parties mais qui ne vaut pas indépendance du pouvoir politique pour autant.

Les réelles difficultés et solutions pour le parquet et son lien avec le pouvoir politique se trouvent autre part. Elles sont pourtant bien énoncées par les principaux protagonistes de ce lien. Faire disparaître les quelques liens subsistant entre le parquet et le pouvoir par une réforme

²⁰²⁷ Commission de modernisation de l'action publique sous la présidence de Jean-Louis NADAL, procureur général honoraire près de la Cour de cassation, Refonder le ministère public, Novembre 2013, 123 p.

²⁰²⁸ *Ibid.*, p. 7 – 14.

²⁰²⁹ L. n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, JORF n°0172 du 26 juillet 2013, p. 12441.

²⁰³⁰ La fin des instructions individuelles emporte des problématiques constitutionnelles, conventionnelles et pratiques, J. PRADEL, « Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ? », *D.*, 2013, p. 1361.

²⁰³¹ J. DALEAU, « Indépendance de la justice : fin du premier round », *D. actu*, 18 juillet 2013.

²⁰³² Art. 31, C. pr. pén.

forte et d'ampleur, c'est préserver et garantir l'indépendance totale de la magistrature, atteinte par un soupçon. Il est ici question de préserver l'apparence d'indépendance de la magistrature, élément indissociable de la confiance des justiciables en sa justice concourant à sa légitimité.

Cette suspicion en illégitimité de la magistrature de par sa dépendance réelle par endroit, supposée ou fantasmée à d'autre peut être rapprochée d'une théorie bien connue du droit européen. Issue d'un arrêt Delcourt de 1970 de la Cour européenne des droits de l'homme²⁰³³, la théorie des apparences est formulée de la sorte « Justice must not only be done, it must be seen to be done », traduisible par « la justice ne doit pas seulement être rendue mais doit avoir l'apparence d'être bien rendue ». Transposée à l'indépendance, il est vital que la magistrature soit indépendante et qu'elle donne l'apparence d'être indépendante, sans quoi le soupçon se crée et demeure.

Ce sentiment à l'encontre des magistrats du parquet est connu et pointé du doigt par les plus hautes autorités judiciaires et politiques. Changer le statut du parquet est nécessaire pour transformer la vision de tous sur la magistrature.

En premier lieu, les candidats élus président de la République avaient dans leurs programmes l'intention de garantir l'indépendance de la magistrature. Monsieur François Hollande souhaitait réformer le CSM, les règles de nominations, de carrières pour mieux la garantir²⁰³⁴. Monsieur Emmanuel Macron, dans l'optique de renforcer la sécurité de la Nation, propose la garantie de l'indépendance de l'autorité judiciaire sans autres précisions²⁰³⁵. Ces candidats porteront chacun un projet de réforme sur la question ; en 2013 et en 2018. Les gardes des sceaux et responsables politiques successifs auront également ce même discours vis-à-vis de l'indépendance nécessaire du parquet et de la magistrature en général. Pour Monsieur Jean Jacques Urvoas, garde des sceaux entre 2016 et 2017, la question de la nomination du ministère public fait réapparaître les nostalgiques d'une justice aux ordres soumise au pouvoir politique, véritable bras armé de l'exécutif²⁰³⁶. Monsieur Claude Bartolone, président de l'Assemblée nationale de 2012 à 2017, souhaite faire disparaître l'illusion d'un ministère public bras armé

²⁰³³ CEDH, 17 janvier 1970, Affaire Delcourt c. Belgique, 2689/65, V. à ce sujet : F. SUDRE, *apparences dans la et Convention européenne des droits de l'homme*, Colloque Juge et apparences, TACIP Toulouse, 4-5 mai 2009, p. 167 – 183.

²⁰³⁴ F. HOLLANDE, engagement n° 53, Mes 60 engagements pour la France, campagne présidentielle 2012. ; Cette volonté a été réaffirmée devant la Cour de cassation elle-même ; « François Hollande confirme sa volonté de réformer le CSM avant l'été », *Gaz. Pal.* 22 janv. 2013, n° 114.

²⁰³⁵ E. MACRON, Programme En Marche, campagne présidentielle 2017, p. 5

²⁰³⁶ *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, Actes du colloque sous l'égide de la Cour de cassation, Dalloz, 2016, p. 239.

du pouvoir²⁰³⁷. Madame Nicole Belloubet, garde des sceaux entre 2017 et 2020, évoque elle aussi la nécessité de garantir l'exercice indépendant des fonctions du ministère public, suite à la sollicitation de la conférence nationale des procureurs²⁰³⁸

De leurs côtés, les plus hauts magistrats appellent aussi de leurs vœux à réformer la magistrature pour plus d'indépendance. Monsieur Jean Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation de 2011 à 2018 exprime sa plus grande réprobation à l'encontre du mode de nomination actuel l'assimilant « à un murmure insupportable qu'il convient de faire taire »²⁰³⁹. Un constat plus nuancé mais partagé par Monsieur Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation entre 2014 et 2019, évoquant la question de la nomination et estimant qu'elle est largement à l'initiative et dominée par le pouvoir politique²⁰⁴⁰. Monsieur Francois Molins, remplaçant Monsieur Jean Claude Marin en 2018, souhaite mettre fin à 20 ans d'hésitation²⁰⁴¹. Madame Chantal Arens, Première présidente de la Cour de cassation depuis 2019, suit ce mouvement faisant consensus²⁰⁴².

Les deux maillons de la chaîne, la magistrature et le pouvoir politique, semblent donc d'accord pour défaire ce lien ou du moins le refaire pour gagner en indépendance. Néanmoins, cette concorde sur les besoins et la volonté d'une réforme en théorie ne se réalise pas concrètement. Les réformes ne restent qu'à l'état de projet, au stade de l'examen sans prospérer laissant cette brûlante question en suspens. Une telle question laissée sans réponse ne peut être sans effet. Elle instille et accroît un soupçon, parfois démesuré, à l'encontre de la magistrature. La dépendance statutaire du parquet reconnue et inchangée renforce ce murmure évoqué par le procureur général Marin. L'inaction du pouvoir politique transforme une simple suspicion en une magistrature totalement aux ordres pour les justiciables et pour les politiques mêmes.

²⁰³⁷ *Ibid.*, p. 7.

²⁰³⁸ T. COUSTET, « La garde des Sceaux veut un parquet indépendant ... ou presque », *D. actu*, 16 octobre 2017.

²⁰³⁹ *Op. cit.*

²⁰⁴⁰ « Cela nous interroge évidemment sur les conditions de nominations des magistrats. La plupart d'entre eux sont nommés à l'initiative du gouvernement, et c'est le cas de la totalité des membres du ministère public », B. LOUVEL ; in *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, Actes du colloque sous l'égide de la Cour de cassation, Dalloz, 2016, p. 12.

²⁰⁴¹ T. COUSTET, « François Molins installé procureur général près la Cour de cassation », *D. actu*, 19 novembre 2018.

²⁰⁴² « Chantal Arens, présidente de la Cour de cassation : « La justice œuvre pour les citoyens, pas pour elle-même » », *Le Monde*, 12 décembre 2019.

Paragraphe 2 : Un statu quo de la relation pouvoir politique / magistrature intenable.

Les critiques du modèle français, entraînant sa remise en cause unanime, engendrent nécessairement des réformes pour y remédier. Ces réformes d'ampleurs attendues ne vont pas au bout du processus et restent à l'état de projet en discussion (I). Cette absence d'avancée concrète entraîne une défiance émanant tant des justiciables que des politiques. Elle vise les problématiques réelles ou supposées relatives à l'indépendance pour toucher la légitimité de la magistrature en plein cœur (II).

I : L'inaboutissement d'une réforme voulue et attendue

D'un consensus universel sur la notion d'indépendance entraînant une remise en cause unanime du modèle français, seule une réforme d'ampleur, elle-même souhaitée par tous, peut en finir avec les lourdes ambiguïtés pesant sur la magistrature. Conformément à sa promesse de campagne, le Président Hollande fera rapidement démarrer ce chantier.

Le Premier ministre Jean-Marc Ayrault lance quatre chantiers de réforme constitutionnelle dont le premier évoqué est relatif au CSM. Il est prévu de remodeler la composition du CSM où les magistrats seront majoritaires, où les personnalités extérieures ne seront plus nommées par le pouvoir avec un Président élu. Le CSM verra ses attributions augmentées ; auto saisine sur des questions d'indépendance ou de déontologie. Il se verra attribuer l'avis conforme sur les nominations du parquet et compétent disciplinairement comme pour le siège²⁰⁴³.

De cette déclaration va émerger un projet de loi constitutionnelle²⁰⁴⁴, en date du 14 mars 2013, portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature. Il reprend les grandes lignes et en précise les contours.

Tout d'abord, le Président ne serait plus assisté mais « le Conseil supérieur de la magistrature concourt, par ses avis et ses décisions, à garantir cette indépendance. »²⁰⁴⁵ Concernant la composition du CSM, la formation plénière comprendrait huit magistrats du siège, huit du parquet, un conseiller d'État, un avocat et cinq personnes qualifiées extérieures²⁰⁴⁶. Les

²⁰⁴³ Compte rendu du Conseil des ministres du 13 mars 2013 : Réforme de la Constitution, 13 mars 2013.

²⁰⁴⁴ Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013, Assemblée nationale, n° 815.

²⁰⁴⁵ Art. 1^{er}, *ibid.*

²⁰⁴⁶ « Art. 65-1. - Le Conseil supérieur de la magistrature a pour membres : « 1° Huit magistrats du siège élus par les magistrats du siège ; « 2° Huit magistrats du parquet élus par les magistrats du parquet ; « 3° Un conseiller d'Etat élu par le Conseil d'Etat ; « 4° Un avocat ; « 5° Cinq personnes qualifiées n'appartenant ni au Parlement, ni

personnalités extérieures ne seraient plus nommées par le pouvoir politique mais par un collège de personnalités²⁰⁴⁷, personnalités parmi lequel sera élu le président du CSM en assemblée plénière²⁰⁴⁸. Cette modification de composition de l'assemblée plénière aura une incidence directe sur les formations siège et parquet où les magistrats redeviendront majoritaires²⁰⁴⁹ d'une voix. Cette mise en majorité des magistrats au sein des formations du CSM est en conformité avec les nouvelles exigences européennes en la matière invitant explicitement la France à les adopter²⁰⁵⁰.

Le projet aligne l'avis du CSM-parquet sur celui du siège estimant que « la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet émet un avis conforme sur la nomination des magistrats du parquet »²⁰⁵¹.

Cependant, les discussions parlementaires font apparaître des opinions divergentes sur le sens même du texte. En effet, des parlementaires plutôt favorables à la réforme, du même bord politique que le pouvoir exécutif jugent cette réforme nécessaire²⁰⁵² tandis que l'opposition brandit le spectre d'une magistrature incontrôlable²⁰⁵³. Les amendements déposés sur le texte font ressortir les oppositions à l'encontre d'une telle réforme. Elles demandent la suppression

à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif, ni aux barreaux », Art. 2, projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013.

²⁰⁴⁷ « Les personnes mentionnées au 5° sont désignées conjointement par le vice-président du Conseil d'Etat, le président du Conseil économique, social et environnemental, le Défenseur des droits, le premier président de la Cour de cassation, le procureur général près la Cour de cassation, le premier président de la Cour des comptes et un professeur des universités. Dans chaque assemblée parlementaire, une commission permanente désignée par la loi se prononce par un avis public sur la liste des personnes ainsi désignées. Aucune ne peut être nommée si l'addition des votes défavorables à cette liste dans chaque commission représente au moins les trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions », *ibid.*

²⁰⁴⁸ « « Le Conseil supérieur de la magistrature se réunit en formation plénière pour élire son président parmi les personnes mentionnées au 5°. », *ibid.*

²⁰⁴⁹ « « La formation compétente à l'égard des magistrats du siège comprend, outre le président du Conseil supérieur de la magistrature, sept magistrats du siège et un magistrat du parquet, ainsi que les six membres, autres que le président, mentionnés aux 3°, 4° et 5°. « La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet comprend, outre le président du Conseil supérieur de la magistrature, sept magistrats du parquet et un magistrat du siège, ainsi que les six membres, autres que le président, mentionnés aux 3°, 4° et 5°. », *ibid.*

²⁰⁵⁰ « À envisager de rétablir une majorité de juges et de procureurs au sein du Conseil supérieur de la magistrature ou à veiller à ce que parmi les membres nommés par les organes politiques figurent également des représentants de l'opposition, et à donner également force obligatoire à l'avis du Conseil supérieur de la magistrature pour les décisions visant les procureurs », Art. 5.3.4, Résolution 1685(2009) de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Allégations d'abus du système de justice pénale, motivée par des considérations politiques, dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, adoptée le 30 septembre 2009.

²⁰⁵¹ Art.2, *op. cit.*

²⁰⁵² « En ce sens, cette réforme, est donc très loin d'être mineure. Elle poursuit le double objectif de mettre la justice à l'abri des pressions politiques, tout en l'éloignant des écueils du corporatisme », prononcé par Jean Yves Le Bouillonnet, député socialiste lors d'une séance de discussion à l'Assemblée nationale le 4 juin 2013.

²⁰⁵³ « Dans leur écrasante majorité, les personnalités auditionnées ont dénoncé cette dérive autogestionnaire en évoquant une « syndicalisation-politisation » de la justice, un « système oligarchique coupé du système démocratique », une « régression démocratique » ou encore une « réforme USM » », prononcé par Sébastien Huyghe, député d'opposition, en réponse à Yves Le Bouillonnet.

pure et simple de la réforme du CSM. L'opposition dénonce le fond de cette dernière. Il refuse la majorité de magistrat au CSM, l'avis conforme pour le parquet et la fin de la nomination par le pouvoir des personnalités extérieures²⁰⁵⁴. De nombreux d'amendements pris individuellement viendront appuyer et rejeter ces différents points, sur le nombre de magistrats composant le CSM, les modes de désignations, etc. Un amendement prévoit même de redonner au Président de la République la présidence du CSM²⁰⁵⁵.

Il ressort, des débats, amendements et de ces oppositions, l'adoption en première lecture d'un texte déjà modifié. Dans l'article 1^{er}, le CSM ne concourt plus, mais veille²⁰⁵⁶. Au-delà de la pure sémantique, ce changement vise à maintenir le Président de la République comme seul garant de l'indépendance. Le CSM est renvoyé à un rôle subalterne, à l'opposé du but premier de cette réforme²⁰⁵⁷ sensé donner le pouvoir au CSM. Sur le reste, le projet reste conforme au projet initial sur l'avis conforme et la composition du CSM.

Lors de son passage au Sénat en première lecture, le texte voté²⁰⁵⁸ est vidé de sa substance, dénaturé²⁰⁵⁹. Seul l'avis conforme et la compétence disciplinaire pour le parquet survit à l'examen sénatorial. La réforme de la composition est retirée, tout comme le pouvoir de proposition du CSM pour les procureurs près la Cour de cassation, des Cours d'appel et de la République. Le CSM ne veille plus mais concourt à garantir cette indépendance²⁰⁶⁰. Manque

²⁰⁵⁴ Sur le fond : Cet article revient sur la règle qui veut que les magistrats ne soient pas majoritaires au CSM. Or le bon sens commande qu'on ne soit pas « juge et partie », pourquoi les magistrats échapperaient-ils à cette règle ? Lutter contre le corporatisme, c'était la raison de la réforme constitutionnelle voulue par N. SARKOZY en 2008. Inscrire dans le marbre constitutionnel l'avis conforme du CSM sur les nominations du Parquet, cela entraîne une défiance du Garde des Sceaux sur la nomination des magistrats du Parquet, sous couvert d'indépendance de la justice. La désignation des personnalités extérieures par un collège de personnalités plutôt que par les présidents des Assemblées et le Président de la République en dit long sur la confiance que la Gauche paraît accorder à ces derniers. », Amendement n°43, présenté M. LARRIVE, 23 mai 2013.

²⁰⁵⁵ « Le Président de la République préside le Conseil supérieur de la magistrature et peut être suppléé par le Ministre de la Justice. Il paraît logique de revenir à la précédente rédaction, dans la mesure où le Président de la République demeure le garant de l'autorité judiciaire. », Amendement n°50, présenté M. AUBERT, 24 mai 2013.

²⁰⁵⁶ Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 4 juin 2013.

²⁰⁵⁷ « L'emploi du verbe concourir crée une confusion des prérogatives et de la hiérarchie des responsabilités entre le Conseil supérieur de la magistrature et le Président de la République qui doit demeurer le seul à « garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire ». L'utilisation du verbe « veiller » est beaucoup plus adaptée à la nécessité de maintenir une hiérarchie des normes et des institutions dans notre pays, conforme à l'esprit et à la pratique constitutionnelle. », Amendement n°21, présenté par M. RAIMBOURG, rapporteur au nom de la commission des lois et M. FENECH, 23 mai 2013.

²⁰⁵⁸ Projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, n° 1226, déposé le 4 juillet 2013.

²⁰⁵⁹ J-C. ZARKA, « Réforme du Conseil supérieur de la magistrature : adoption par le Sénat », *D.* 2013, p. 1753.

²⁰⁶⁰ Art. 1^{er} et 2, *ibid.*

d'ambition²⁰⁶¹ ou rejet d'une réforme aussi importante, il repart dans tous les cas amoindri à l'Assemblée.

Lors de la seconde lecture, un amendement prévoit de redonner au projet toute sa substance en réintégrant les points écartés par le Sénat²⁰⁶². En avril 2016, ce projet de loi réapparaît sans pour autant trouver à nouveau un véritable consensus, faisant poindre un sentiment de lassitude sur une adoption sans cesse repoussée²⁰⁶³. In fine, le texte adopté en seconde lecture est le même que celui adopté au Sénat ne comportant que sur l'avis conforme et la discipline des magistrats du parquet²⁰⁶⁴.

Ce projet vidé d'une bonne partie de son intérêt²⁰⁶⁵ et de ses principes ne connaîtra pas de lendemain heureux. Il est enterré par la fin du mandat du Président Hollande sans qu'il ne soit adopté pendant son mandat de 5 ans. Néanmoins, il est exhumé à travers un nouveau projet en 2018.

Ce nouveau projet de loi constitutionnelle prévoit en son article 12 une réforme du CSM. Néanmoins, bien loin des ambitions précédemment affichées et exprimées, il ne fera que reprendre le texte adopté en 2^{ème} lecture par l'Assemblée en 2016.

Composé de deux points, cet article 12 pose que « les magistrats du parquet sont nommés sur l'avis conforme de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet » et « la formation du Conseil supérieur de la magistrature

²⁰⁶¹ W. ROUMIER, « Adoption de la réforme du Conseil supérieur de la magistrature », *D. pénal* n° 5, Mai 2016, alerte 33.

²⁰⁶² Amendement n°3, Projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, n° 1226, déposé le 4 juillet 2013.

²⁰⁶³ « Il n'est plus acceptable aujourd'hui de se dérober au moment de voter, même si j'ai constaté qu'à droite de l'hémicycle, « vérité un jour » ne rime pas avec « vérité toujours ». Continuer à se cacher derrière des faux-semblants et des arguments éculés ne convaincra personne. De toute façon, ce ne sera jamais le bon moment. ; M. Jean-Jacques Urvoas, *garde des sceaux*. En effet ! ; Chers collègues, vous souhaitez conserver un lien entre le pouvoir politique et les procureurs, car vous craignez ce que vous appelez un « gouvernement des juges ». Vous accusez même les magistrats de syndicalisme, comme s'ils devaient être privés de ce droit fondamental,... », Discussion au cours d'une séance à l'Assemblée nationale entre une députée et le garde des sceaux, Séance du 5 avril 2016.

²⁰⁶⁴ « L'article 65 de la Constitution est ainsi modifié : 1° Le cinquième alinéa est ainsi rédigé : « Les magistrats du parquet sont nommés sur l'avis conforme de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet. » ; 2° La première phrase du septième alinéa est ainsi rédigée : « La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet statue comme conseil de discipline des magistrats du parquet. » », Projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, n° 720, adopté le 26 avril 2016.

²⁰⁶⁵ M-C. de MONTECLER, « Le retour d'une réforme *a minima* du Conseil supérieur de la magistrature ? », *AJDA*, 2016, p. 812.

compétente à l'égard des magistrats du parquet statue comme conseil de discipline des magistrats du parquet »²⁰⁶⁶.

Le 10 juillet, le Premier ministre ouvre la discussion générale sur ce projet. Il déclarera que « les magistrats du Parquet seront dorénavant nommés sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature (et non plus sur avis simple), et celui-ci statuera à leur égard comme conseil de discipline. Une réforme attendue depuis plusieurs années, qui conforte l'indépendance des magistrats du parquet tout en maintenant le principe que les politiques publiques de la justice, dont la politique pénale, relèvent du Gouvernement » pour le renforcement de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Seulement sept amendements sont posés sur cet article 12, certains proposent de reprendre tout ou partie du projet de réforme tel que proposé originellement en 2013²⁰⁶⁷ d'autres de maintenir un lien de dépendance par des instructions écrites aux audiences pour maintenir une cohérence²⁰⁶⁸. Un autre, plus curieux, suggère de ne rien faire. Les députés le proposant estiment que « le texte du gouvernement consacre une pratique bien établie et n'apporte donc rien ». Ils précisent aussi qu' « il pourrait se produire des circonstances dans lesquelles le gouvernement peut avoir besoin de reprendre la main, il serait dangereux de se priver de cette possibilité »²⁰⁶⁹. Preuve de l'hypocrisie à propos de la magistrature, des députés pensent que la dépendance des magistrats peut être nécessaire à un moment. Les discussions n'amenèrent pas d'amendements importants touchant à la substance de l'article.

La discussion en séance publique s'arrêtera le 22 juillet 2018 à l'article 2 du projet de loi constitutionnelle, bien loin du 12^{ème} concernant le CSM. L'examen de la réforme se transforme en débat sur les polémiques issues de l'affaire Benalla²⁰⁷⁰ venant tout juste d'éclater.

²⁰⁶⁶ Art. 12, Projet de loi constitutionnelle *pour une* démocratie *plus* représentative, responsable *et* efficace, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018, Assemblée nationale, n° 911.

²⁰⁶⁷ Amendement n° 709 et 2272, Art. 12, Projet de loi constitutionnelle *pour une* démocratie *plus* représentative, responsable *et* efficace, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018, Assemblée nationale, n° 911.

²⁰⁶⁸ « Si le Constituant décide que les magistrats du parquet seront désormais nommés de jure, et non plus seulement de facto, sur l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature, il convient alors de préciser expressément que, devant les juridictions du fond, les magistrats du parquet relèvent de l'autorité hiérarchique du garde des sceaux, ministre de la justice, par la voie des instructions écrites de politique pénale que celui-ci leur adresse », Amendement n° 1518, Art. 12, Projet de loi constitutionnelle *pour une* démocratie *plus* représentative, responsable *et* efficace, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018, Assemblée nationale

²⁰⁶⁹ Amendement n° 1309, présenté par Mme Le Pen, *ibid.*

²⁰⁷⁰ Séance du dimanche 22 juillet 2018, Première session extraordinaire de 2017-2018, XV^{ème} législature, Assemblée nationale.

Ce projet sera finalement retiré par le gouvernement le 29 août 2019. Un nouveau projet comportant les mêmes dispositions est reposé le même jour faisant suite au grand débat national²⁰⁷¹.

La belle concorde précédemment évoquée n'a pas résisté aux oppositions qu'elles pourraient subir. Elle a vite lâché sur des points jugés essentiels comme la composition du CSM ou le pouvoir de proposition jusqu'à complètement abandonner l'idée même de réformer.

Deux facteurs peuvent expliquer un tel échec répété. Tout d'abord, la réforme constitutionnelle de l'article 65 sur le CSM tel que prévu suppose plus qu'une simple majorité. La constitution exige que toute réforme constitutionnelle passe par l'approbation par référendum du projet de réforme ou par la majorité des 3/5^{ème} du Congrès²⁰⁷². C'est un point de blocage majeur sans nul doute²⁰⁷³ surtout dans le cadre d'une réforme d'une plus grande ampleur où la réforme spécifique du CSM est noyée parmi d'autres peut avoir du mal à convaincre les parlementaires dans de larges proportions²⁰⁷⁴. L'échec du dernier référendum en 2005, utilisé que neuf fois depuis 1958, freine la volonté de faire passer une telle réforme par ce biais²⁰⁷⁵.

Au-delà du blocage constitutionnel et du processus de révision, il ressort de l'examen de ces projets de lois une raison plus profonde à leurs échecs, tenant à l'objet de la réforme. Derrière les vœux pieux d'une hypothétique réforme posée comme essentielle, il subsiste encore et toujours des freins comme en témoigne les débats autour du projet de 2013. Une véritable indépendance de la magistrature, du parquet continue tantôt de faire peur, interroge, provoque des questions sur la perte d'un pouvoir pour les oppositions aux réformes. Le parquet « à la Française » reste pour certains un atout qu'il convient de garder.

Ces freins ne sont pas l'apanage des oppositions, la majorité présentant ce texte de réforme peut être aussi réfractaire à une totale indépendance. Dans la présentation du texte de 2018 par le Premier ministre Edouard Philippe devant l'Assemblée, toute l'ambiguïté du parquet s'y retrouve. La réforme est présentée comme une refonte du CSM pour gagner en indépendance, tant dans sa composition que ses attributions, en alignant le statut du parquet sur celui du siège

²⁰⁷¹ Art. 7, Projet de loi constitutionnelle *pour un renouveau de la démocratie*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 août 2019, Assemblée nationale, n° 2203.

²⁰⁷² Art. 89, Constitution de la Vème République.

²⁰⁷³ K. ROUDIER, « Réflexions autour du projet abandonné de constitutionnalisation de l'état d'urgence et de la déchéance de nationalité », *D. actu*, 11 avril 2016.

²⁰⁷⁴ « Cela permet de se fixer un niveau réaliste d'ambition pour la réforme suivante : une majorité des 3/5e au Congrès n'étant pas facile à réunir comme on l'a vu en juillet 2013, tout n'est pas atteignable tout de suite », F. TIBERGHEN, « Quelles perspectives pour la future réforme du CSM ? *JCP G.*, n° 30-35, 28 Juillet 2014, 860.

²⁰⁷⁵ Les référendums de la Ve République et leurs résultats, fiche thématique, Vie Publique.

tout en précisant qu'un lien serait gardé avec le garde des sceaux à l'aune de l'application de la politique pénale. Le Président Emmanuel Macron, garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, déclare qu'il ne souhaite pas rompre un tel lien. Il argue que ce lien est nécessaire au regard de son action au sein de la procédure. Malgré la dépendance, il tient une légitimité du peuple de par son application de la politique pénale sous l'autorité du garde des sceaux, lui-même responsable devant le parlement²⁰⁷⁶.

Les mesures de la réforme telle que posée ici est une réponse à la CEDH sur la partie garantie institutionnelle de l'indépendance. Seul un juge ou magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires peut être partie à la procédure. En calquant le statut du parquet sur celui du siège, le pouvoir politique pense que cela suffira pour remplir cette condition incontournable pour que le parquet puisse être conventionnellement une autorité judiciaire. Pourtant, les réformes n'aboutissent pas.

En somme, le pouvoir politique dans son ensemble est réfractaire à réellement perdre le pouvoir qu'il détient depuis plus de deux siècles sur la magistrature. Le parquet « à la Française » est l'ultime vestige d'une époque qui devrait être aujourd'hui révolue. L'enjeu de cette réforme va au-delà du simple avis simple ou conforme. La réelle problématique se pose sur la conception même du CSM et par ricochet celle de la magistrature. Si le remaniement de la composition du CSM fût mis de côté, c'est parce qu'il représente le pouvoir sur la magistrature. Accepter une majorité de magistrat ou même une parité, c'est perdre le contrôle pour le pouvoir politique, rompre avec une habitude et faire confiance à une entité déconnectée. Il est, en un sens, logique que cette réforme soit si difficile à être concrètement mise en œuvre, elle doit mettre en accord des impératifs trop divergents²⁰⁷⁷. Malgré une volonté semblant partagée par l'ensemble des acteurs, face à une définition universelle de l'indépendance contredite et le sens de l'histoire, la magistrature doit se diriger vers son indépendance réelle et un abandon progressif de la domination du politique. L'inaboutissement de ces réformes, améliorant malgré tout l'indépendance sans y parvenir totalement, laisse la magistrature dans une situation de statu quo vis-à-vis du pouvoir politique dans un soupçon nuisant à l'ensemble de la magistrature. Ce soupçon va se diffuser à l'ensemble des justiciables. Il va se transformer en défiance à travers une dépendance entretenue par le pouvoir politique, validé par le maintien du lien de

²⁰⁷⁶ O. DUFOUR, « Emmanuel Macron ne coupera pas le lien entre le parquet et la Chancellerie », *Gaz. Pal.* 23 janv. 2018, n° 3, p. 12.

²⁰⁷⁷ « C'est la quadrature du cercle. Il faut à la fois garantir l'indépendance du corps judiciaire par une représentation suffisante et éviter une autogestion corporatiste qui la couperait de la société » ; J-P. MACHELON, *La place de l'autorité judiciaire au sein des institutions*, op. cit., p. 31.

dépendance et l'absence de réforme sur l'indépendance. L'inaction peut être comprise comme une volonté de ne pas agir à dessein, nourrissant cette défiance. En plus des justiciables, elle est audacieusement utilisée par les hommes politiques eux-mêmes. Ils entretiennent la défiance et le soupçon de dépendance.

Avoir peur en 2020 d'un gouvernement des juges n'a aucun sens. Le pouvoir politique a nié pendant deux siècles son existence, la maintenant en soumission. Il ne manque pas d'audace de redouter maintenant que la magistrature possède son indépendance tout en clamant son importance.

II : L'émergence d'une défiance dévastatrice vis-à-vis de la magistrature

Les premières études majeures d'opinion sur la justice ont commencé dans les années 1970²⁰⁷⁸. Elles faisaient déjà ressortir des problématiques liées à sa complexité et son coût²⁰⁷⁹. Une mauvaise image de la justice n'est pas récente, la jugeant peu crédible et fonctionnant mal depuis la fin des années 70²⁰⁸⁰. L'image de la magistrature pour le profane est défectueuse²⁰⁸¹. La question de l'indépendance ou non de la magistrature n'en ressortait pas. Elle est plus actuelle, émergeant dans les années 90.

Deux études d'opinions, séparées de plus de 20 ans, dressent une constante de l'opinion des Français, tous des justiciables, sur leur justice et plus spécifiquement sur l'indépendance. Elles permettent alors de mesurer l'impact des mesures prises ou non pour la magistrature. Elles sont un instantané de l'opinion sur la magistrature, un révélateur de son image. La question du manque d'indépendance est désormais systématiquement soulevée.

En 1997, dans une étude intitulée « les Français et la justice : jugements et attentes »²⁰⁸², la magistrature est appréciée sur différents éléments. Tout d'abord, les sondés sont interrogés sur

²⁰⁷⁸ Y. BARAQUIN, *Les Français et la justice civile*, Paris, La Documentation française, 1975, 275 p. ; D. VERNEUIL, *L'image de la justice criminelle dans la société : fonctions et processus du système pénal*, Paris, sepc, 1980, 237 p.

²⁰⁷⁹ C. FAUGERON, « Justice et opinion publique ; l'ère du soupçon », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 89.

²⁰⁸⁰ C. DUFLOS, J-C. VOLATIER, *Les Français et la justice: un dialogue à renouer*, CREDOC, Collection des rapports, n°109, Décembre 1991, p. 10 et s.

²⁰⁸¹ F. TERRÉ, « Sur l'image de la justice », in *Le juge entre deux millénaires*. Mélanges offerts à Pierre Drai, Paris, Dalloz, 2000, p. 121 – 131.

²⁰⁸² P. GRELLEY, *Les Français et la justice : jugements et attentes : enquête*, mission de Recherche Droit et Justice, " Lettre trimestrielle d'information du GIP "Mission de Recherche Droit et Justice", novembre 1997, 12 p.

la confiance donnée à différentes institutions. Loin derrière la sécurité sociale, l'armée ou l'éducation nationale, la Justice ne dispose que de 38% d'opinions positives mais devant le pouvoir politique²⁰⁸³. Pour expliquer cette majorité d'opinion négative, la magistrature, en tant qu'institution, est lourdement critiquée. La justice est jugée trop lente, fonctionnant assez mal ou très mal et inégalitaire²⁰⁸⁴. Parmi ces critiques, 79% des sondés estiment que la magistrature est « plutôt dépendante du pouvoir politique » et 15% estiment qu'elle est indépendante²⁰⁸⁵. Les sondés étaient aussi amenés à se prononcer sur les magistrats eux-mêmes. Considérés par une large majorité comme compétents professionnellement, moyennement courageux et honnêtes et peu impartiaux²⁰⁸⁶. La plus lourde critique porte sur leur indépendance. 17% estiment que les magistrats ne sont pas indépendants du pouvoir politique²⁰⁸⁷. Cette mauvaise opinion générale de la justice perdure et est ancrée fermement²⁰⁸⁸.

En 2019, un sondage²⁰⁸⁹ est publié²⁰⁹⁰ et rentre en écho à celui de l'étude de 1997. Les sondés sont toujours plus méfiants vis-à-vis de la magistrature, toujours derrière les hôpitaux ou l'armée par exemple²⁰⁹¹ mais toujours devant les élus²⁰⁹². Elle confirme une autre étude de 2014²⁰⁹³. À l'instar de l'étude de 1997, ce sondage fait ressortir les critiques majeures à l'encontre des magistrats. Les chiffres globaux sont meilleurs mais on retrouve des écarts semblables. Les magistrats sont toujours considérés comme compétents et bien formés pour 70% des sondés, ils semblent honnêtes pour 63% ou impartiaux pour 47%. Ils ne sont indépendants du pouvoir politique que pour 45% des sondés avec des variations importantes selon les convictions politiques des sondés²⁰⁹⁴. Parmi ces 45%, 39% ne sont plutôt pas d'accord et 16% pas d'accord du tout. Parmi ceux d'accord avec l'affirmation que les magistrats sont

²⁰⁸³ 68, 68 et 65% d'opinions positives pour les trois premières. Le Président dispose de 29% et le Gouvernement de 20% d'opinions favorables *ibid.*, p. 2.

²⁰⁸⁴ Respectivement à 96%, 42%, 22% et 79%, *ibid.*, p. 4.

²⁰⁸⁵ En 1991, 60% estimait qu'elle était dépendante et 26% indépendante, *ibid.*

²⁰⁸⁶ Respectivement 77%, 71%, 57%, 47% et 39%, *ibid.*, p. 6.

²⁰⁸⁷ 21% pour un manque d'indépendance des milieux économiques et financiers, *ibid.*

²⁰⁸⁸ 64% dont 20% de pas du tout satisfaits de la Justice ; K. LARCHET, « La Justice pénale et ses critiques : analyse de l'opinion sur la Justice et les tribunaux dans le traitement de la délinquance », *ONDRP*, Grand angle, n° 50, avril 2019, p. 6.

²⁰⁸⁹ Sondage IFOP pour L'express auprès d'un échantillon de 1013 personnes représentatif de la population française de plus de 18 ans entre le 25 et 26 septembre 2019.

²⁰⁹⁰ « Justice : Pourquoi les français n'y croient plus », L'express n° 3565, semaine du 30 octobre au 5 novembre 2019, p. 22 – 34.

²⁰⁹¹ 53% des sondés ont confiance dans la Justice, contre 85% pour les hôpitaux ou 83% pour l'armée. Le chiffre pour la justice est tombé de 10 points depuis 2008 contre une perte de 4 points pour les hôpitaux ou un gain de 2 points pour les armées, *ibid.*, p. 24.

²⁰⁹² 27% de confiance en 2018 contre 44% en 2008, *ibid.*

²⁰⁹³ Pour 40% des français, les juges ne sont pas indépendants, L. CRETIN, « L'opinion des français sur la justice », *Infostat justice* n° 125, janvier 2014.

²⁰⁹⁴ 76% des sondés en accord avec la République en marche pensent que les magistrats sont indépendants, contre 29, 30, 54 et 30% pour la France insoumise, les Républicains, le Parti socialiste ou le Front national, *ibid.*

indépendants, 37% sont plutôt d'accord, seulement 8% sont tout à fait d'accord. Il n'y a qu'une petite frange de la population qui est réellement convaincue de l'indépendance de la magistrature.

Ces deux études montrent des constantes à propos de la magistrature et des magistrats. Néanmoins, deux éléments en ressortent. Le déficit de confiance est ancien, ancré et provient de différents facteurs mais l'indépendance est la critique principale formulée à l'encontre des magistrats et donc de la magistrature. Elle est celle qui concentre la plus grande défiance. Elle devient alors une problématique prioritaire.

Le second élément qui ressort de ces études se pose sur le périmètre de la question posée. Aux critiques émises, elles portent sur les magistrats en règle générale, siège et parquet alors confondus. Pire encore, le sondage publié en 2019 pose la question « Pour chacune des phrases suivantes, diriez-vous que vous êtes d'accord ? Les juges ... »²⁰⁹⁵. Elle ne vise alors que les magistrats du siège. Au-delà d'une confusion sémantique de la part des sondeurs ou des sondés dommageable entre juges, magistrats du siège et/ou du parquet, il n'en reste pas moins que l'image de la magistrature et des magistrats qui ressort de ces études est dramatique. Il est gravissime qu'un Français sur deux pense qu'un juge n'est pas assez indépendant du pouvoir politique, et que seulement 8% des Français pensent qu'un juge est vraiment indépendant. Cela dépasse alors largement la seule question du parquet, elle touche toute la magistrature dont le siège qui se retrouve emporté dans la dépendance.

La magistrature « la Française » dispose alors d'une très mauvaise image pour les justiciables dans son rapport avec le pouvoir politique. Cette aggravation de l'opinion sur le manque d'indépendance des magistrats est due à deux facteurs ; des scandales et des politiques, les deux pouvant être mélangés, engendrant ainsi un fort retentissement à même de marquer l'opinion négativement. Deux scandales récents ont eu un effet très néfaste sur la magistrature et son image, aggravant la défiance contre elle, minant sa légitimité et son indépendance.

L'affaire Outreau a fortement ébranlé la magistrature dans l'opinion publique conduisant à un désastre judiciaire. Dans le cadre d'une enquête et d'une instruction pour pédophilie, cette dernière tourna en l'un des plus grands fiascos²⁰⁹⁶ de l'histoire de la magistrature. Elle entraîna

²⁰⁹⁵ *Ibid.*

²⁰⁹⁶ V. par ex. : J. PRADEL, « Haro sur le juge d'instruction ! », *D.* 2006, p. 244 ; C. LAZERGES, « Réflexions sur l'erreur judiciaire », *RSC*, 2006, p. 706 ; J. GICQUEL, « Le nouveau Conseil supérieur de la magistrature », *JCP G.*, n° 31-35, 30 Juillet 2008, doct. 176 ; P. CONTE, « Les galeux de la République - À propos de « l'affaire d'Outreau » », *JCP G.*, n° 1-2, 11 Janvier 2006, doct. 101. ; F. ROME, « Le juge se rebiffe », *D.* 2009, p. 353.

la détention provisoire de nombreux protagonistes à la suite d'une enquête bâclée et d'une instruction jugée univoque menée par le Juge Burgaud entre 2001 et 2003²⁰⁹⁷.

Cette affaire entraîna la création d'une enquête parlementaire et d'un rapport après en avoir relevé les dysfonctionnements. La deuxième partie est consacrée à rétablir la confiance des français dans leur justice entraînant une profonde réflexion sur la procédure et les acteurs de cette procédure. Pour ce qui concerne les magistrats et la magistrature comme institution, la tourmente les toucha de plein fouet. Elle s'intéressera à la formation, à la collégialité, la responsabilité des magistrats. Pour ce qui concerne l'indépendance, le rapport Outreau préconise la rénovation du CSM par la parité des magistrats avec les personnalités extérieures et l'élection des magistrats. Cela permettrait d'éviter « les reproches de corporatismes dont l'institution est régulièrement exposée [...] renforçant ainsi sa légitimité »²⁰⁹⁸. La rénovation du CSM, qui est clairement un levier d'indépendance de la magistrature, joue un rôle dans le regain de confiance des justiciables. L'une des réformes de 2007²⁰⁹⁹, en plus de celle pour la procédure²¹⁰⁰, prise suite à l'affaire Outreau remodela la formation à l'ENM, l'intégration de la formation obligatoire, accéléra la réflexion autour du recueil des obligations déontologiques. En ce qui concerne l'image de la magistrature, elle s'est focalisée sur le juge d'instruction chargé de cette affaire devenue hors norme. Il était devenu le bouc émissaire pour le grand public²¹⁰¹ d'une faillite collective. La magistrature était tiraillée entre un besoin de sanction pour l'institution à son encontre pour éviter des relents de sentiment de protection corporatiste et une pression des syndicats de magistrat pour éviter un lynchage individuel face à une procédure entière qui a failli²¹⁰².

²⁰⁹⁷ V. rapport de la Commission Outreau sur les divers et nombreux dysfonctionnements de la procédure pénale tant individuels par les acteurs que collectivement ; Rapport 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*, présidée par M. André Vallini et rapporté par M. Philippe Houillon, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, Assemblée nationale, n° 3125.

²⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 497 – 499.

²⁰⁹⁹ L. org. n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, JORF n°55 du 6 mars 2007 page 4184, texte n°1.

²¹⁰⁰ Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, JORF n°55 du 6 mars 2007, p. 4206, texte n° 5.

²¹⁰¹ « L'opinion française est beaucoup plus exigeante, de ce point de vue, que le monde anglo-saxon. S'ils ont failli, ils sont déchus du piédestal, donc il paraît normal de les « dégrader ». A cet égard, l'opinion française a pu soutenir que le juge d'instruction Burgaud ayant dirigé l'enquête dans le cadre de l'affaire dite d'Outreau méritait la dégradation », P. D'IRIBARNE, « Les magistrats sont des humains et non pas des dieux », *Les cahiers de la justice*, 2008, p. 65.

²¹⁰² F. ROME, « Le juge se rebiffe », *D.* 2009, p. 353.

Le CSM bien entendu s'est prononcé sur le volet disciplinaire du juge Burgaud²¹⁰³. Face aux nombreuses récriminations dont il faisait l'objet sur la conduite supposément fautive de son instruction, de ses auditions, de ses actes, etc., le CSM a estimé que seule l'accumulation des négligences ou maladroites pouvait entraîner un manquement à son devoir de magistrat²¹⁰⁴. Le conseil prononce à l'encontre du juge Burgaud une réprimande avec inscription au dossier, précisant pour justifier que le retentissement médiatique ne pouvait influencer et qu'il n'était pas le seul à intervenir dans cette procédure²¹⁰⁵. L'apparente faiblesse de la sanction contre le magistrat érigé en bouc émissaire ne manque pas de faire réagir les médias, victime du désastre d'Outreau, le juge Burgaud lui-même et la classe politique. Les politiques et les victimes estiment que la sanction est ridicule, que c'est une fausse sanction tandis que les syndicats et le juge lui-même conteste la sanction, même faible, estimant qu'il n'en a pas commis et sert de bouc émissaire²¹⁰⁶. Finalement, la sanction mécontente tout le monde²¹⁰⁷ et laisse la magistrature dans sa défiance habituelle, prétextant le refus par les pairs de sanctionner le supposé et tout désigné responsable du fiasco. Elle a participé à discréditer fortement la magistrature et les magistrats.

Le second scandale, tout aussi néfaste que le premier, se différencie sur deux points. Il n'est pas l'œuvre d'un magistrat seul mais d'un collectif. Ce scandale n'est pas que judiciaire, il y intègre un élément politique à travers le comportement d'un syndicat et sa présidente²¹⁰⁸.

Pénalement, Madame Françoise Martres, en tant que Présidente du syndicat de la magistrature au moment des faits, fût poursuivie pour injure publique suite à la plainte d'une des personnes

²¹⁰³ CSM-siège, S166, 24 avril 2009.

²¹⁰⁴ « Attendu que, toutefois, si chacun de ces défauts de maîtrise, ces négligences ou ces maladroites, ne constitue pas, pris séparément, un manquement susceptible de recevoir une qualification disciplinaire, leur accumulation constitue, en l'espèce, un manque de rigueur caractérisé, de nature à nuire au bon déroulement de l'information et, en conséquence, un manquement, par M. X, aux devoirs de son état de juge d'instruction », *ibid.*

²¹⁰⁵ « Attendu que les insuffisances retenues dans le dossier à l'origine de l'acte de poursuite n'ont pas été relevées dans les nombreuses autres procédures dont M. X avait la charge ; que, pour ce dossier, le travail du juge d'instruction n'a suscité, à aucun moment, d'observations de la part des magistrats, parfois très expérimentés, du siège ou du parquet, qui étaient appelés à suivre ou à contrôler l'information ; qu'en outre, aucune demande d'annulation de la procédure n'a été présentée par la défense à la chambre de l'instruction ; que l'affaire dite « ... » constituait, notamment du fait du grand nombre de personnes mises en cause, comme de celui des jeunes victimes, un dossier d'une difficulté tout à fait exceptionnelle ; que, par ailleurs, M. X dont l'investissement professionnel n'est pas contesté, n'a pas disposé de moyens humains et matériels lui permettant de traiter ce dossier dans les meilleures conditions », *ibid.*

²¹⁰⁶ « Le CSM inflige une "réprimande" au juge Burgaud », *Le Monde*, 24 avril 2009.

²¹⁰⁷ « La sanction contre le juge Burgaud va « mécontenter tout le monde » », 20 minutes, 24 avril 2009 ; « Le juge Burgaud bénéficie d'une sanction a minima », *Libération*, 24 avril 2009.

²¹⁰⁸ Cette affaire porte sur la révélation par un journal, en 2013, d'un mur appelé « mur des cons » dans les locaux du syndicat de la magistrature où y figuraient principalement des personnalités politiques ou non plutôt cataloguées à droite. Il y était inscrit la phrase suivante « avant d'ajouter un con, vérifiez qu'il n'y est pas déjà ».

figurant sur le mur²¹⁰⁹ bien que la relaxe était requise²¹¹⁰. Elle fût condamnée en appel à 500€ d'amende avec sursis et à verser 5000€ de dommages et intérêts²¹¹¹. La Cour précisa que les propos injurieux étaient imputables au syndicat. Ne pouvant démontrer ni une décision collective pour la création du mur ni la participation effective de la Présidente, il n'en reste pas moins que cela se déroule et est affiché avec les moyens présents dans les locaux du syndicat²¹¹².

D'un point de vue disciplinaire, le CSM répondît, suite à une saisine de la garde des sceaux sur l'articulation entre liberté syndicale, devoir de réserve et impartialité, que ces faits ne pouvaient pas revêtir de qualifications disciplinaires s'estimant alors incompetent²¹¹³. Pour le Conseil, répondre à cette demande d'avis l'amènera à se pencher sur l'aspect répréhensible ou non et à donc à basculer vers la discipline, remettant ainsi en cause sa future impartialité sur ces faits ou des faits similaires. La formation plénière du CSM précise tout de même qu'elle reconnaît l'attente autour de cette affaire, « consciente de l'émotion que cette affaire a suscitée dans l'opinion et sensible à la confiance qui lui est à nouveau manifestée à travers cette saisine »²¹¹⁴. Mis à part des difficultés pour l'ancienne Présidente dans son avancement²¹¹⁵, la réponse à cette affaire fût minimaliste détonant de l'impact médiatique négatif pour l'image de la magistrature.

²¹⁰⁹ Il s'agit d'un ancien général qui avait critiqué la magistrature de laxiste après une condamnation pour le meurtre de sa fille.

²¹¹⁰ T. COUSTET, « Mur des cons : le procureur requiert la relaxe », *D. actu*, 10 décembre 2018.

²¹¹¹ CA Paris, pôle 2, ch. 7, 19 déc. 2019, n° 19/01374, n° 19/01410, n° 19/01382 ; les deux autres affaires concernent le Front National et Robert Ménard qui obtiendront 1€ de dommages et intérêts après avoir fait appel de la relaxe confirmée par le Cour d'appel qui n'a statué que sur les intérêts civils. Les autres requérants n'avaient pas fait appel.

²¹¹² C. LAMY, « Affaire du mur des cons : condamnation pour injure publique confirmée en appel », *D. actu*, 22 janvier 2020.

²¹¹³ CSM, avis formation plénière, 16 mai 2013.

²¹¹⁴ *Ibid.*

²¹¹⁵ « Le ministre, à qui il revient d'apprécier les candidatures qu'il propose de retenir non seulement au regard des aptitudes des intéressés et des caractéristiques des postes concernés mais aussi des exigences déontologiques et des besoins de l'institution judiciaire, a pu légalement prendre en compte la mise en examen de Mme C., en février 2014, et son renvoi devant le tribunal correctionnel, décidé en février 2015 par le juge d'instruction puis concerné par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris en septembre 2015, pour apprécier, à la date des propositions en cause, l'opportunité de retenir sa candidature à une promotion à un poste plus élevé que celui qu'elle occupe depuis 2010, compte tenu, d'une part, de la nature des faits en cause et des doutes qu'ils peuvent faire naître quant à l'appréciation du respect des obligations déontologiques et de l'exigence d'impartialité de l'institution judiciaire, et, d'autre part, du retentissement public de l'affaire, ravivé par les étapes de la procédure judiciaire en 2014 et 2015, alors même qu'aucune procédure disciplinaire n'a été engagée à l'encontre de Mme C. » CE, 6^e et 5^e ch, 25 oct. 2018, n° 405418 ; « Le « mur des cons » fait barrière à la promotion de l'ancienne présidente du Syndicat de la magistrature », *AJFP*, 2019, p. 33 ; M.C. de MONTECLER, « Le « mur des cons » nuit à la carrière d'une ancienne présidente du Syndicat de la magistrature », *AJDA*, 2018, p. 2105.

Ce scandale engendre une conséquence importante, cette affaire est révélatrice d'une critique classiquement adossée à la syndicalisation²¹¹⁶ ; la politisation des magistrats. Bien que cette problématique soit ancienne²¹¹⁷, elle instille l'idée que le magistrat est politisé entraînant alors sa partialité. A contrario, le syndicalisme est pensé, notamment, pour lutter contre la politisation²¹¹⁸ puisque en réponse²¹¹⁹ « toute délibération politique est interdite au corps judiciaire »²¹²⁰.

Cette critique portant sur l'impartialité est rendue possible par la faiblesse de l'affirmation de l'indépendance des magistrats. La politisation à outrance de certains magistrats a ouvert une brèche, laissée béante par le pouvoir politique, pour la critique de l'ensemble de la magistrature²¹²¹. L'argument est détourné de l'impartialité, il est tourné vers l'indépendance. Cette brèche est exploitée à merveille par les hommes politiques eux-mêmes pour décrédibiliser la magistrature. Ils jouent un rôle déterminant dans cette image négative de l'indépendance des justiciables, en s'emparant de cette supposée politisation des magistrats. Cependant, ils vont prendre cette politisation, à travers le prisme de l'indépendance, comme un mécanisme de défense.

L'émergence dans les années 1990 de la question de l'indépendance des magistrats est concomitante avec l'explosion des contentieux visant les hommes politiques²¹²². La magistrature du XIX^{ème} siècle soumise au politique a laissé place progressivement à des magistrats poursuivant des hommes politiques. Ce basculement est rendu possible par l'indépendance des magistrats, par la refonte du recrutement, de la formation engendrant la distanciation et la défamiliarisation de la magistrature du monde politique²¹²³.

Face à ce nouvel environnement hostile aux politiques, un réflexe va surgir ; le procès en illégitimité du magistrat de par sa supposée politisation issue de sa dépendance entretenue par

²¹¹⁶ « La magistrature connaît un taux de syndicalisation relativement élevé. Plus du quart des magistrats sont notamment adhérents de l'USM. Pour autant cette syndicalisation importante ne traduit pas une politisation du corps, même si certains magistrats peuvent être individuellement engagés à gauche, à droite ou au centre, comme c'est leur droit de citoyen ! », « La place des syndicats dans la magistrature » – *Constitutions* 2014. 155.

²¹¹⁷ J. LIBMANN, « La « politisation » des juges : une vieille histoire ? », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 43 et s.

²¹¹⁸ M. ROBERT, « Le fait syndical dans la magistrature française », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 3, no. 3, 2016, p. 417 – 423.

²¹¹⁹ D. VIRIOT-BARRIAL, « Le syndicalisme dans la magistrature judiciaire », *Droit social*, 2017, p. 518.

²¹²⁰ Art. 10, Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551.

²¹²¹ P. BILGER, *Le mur des cons*, Paris, Albin Michel, 2019, 250 p.

²¹²² V. ROUSSEL, « Les magistrats dans les scandales politiques », *Revue française de science politique*, 48^e année, n°2, 1998. p. 245 – 273.

²¹²³ V. ROUSSEL, « Scandales politiques et transformation des rapports entre magistrature et politique », *Droit et société*, n°44- 45, 2000. Justice et Politique (III). Les magistratures sociales, p. 13 – 39.

le pouvoir politique. Le statu quo sur l'indépendance et les rapports entre magistrature et pouvoir politique, entraînant la défiance des justiciables, devient alors une aubaine. Les politiques démontrent aussi une défiance contre la magistrature, à dessein.

Les exemples d'un tel réflexe sont éloquentes émanant de trois personnalités politiques de premier plan. Monsieur Jean-Luc Mélenchon, Madame Marine Le Pen et Monsieur François Fillon, tous trois très récemment candidats à l'élection présidentielle, ont d'emblée remis en cause l'indépendance de la magistrature quand une affaire les visait directement.

Que l'affaire touche le politique personnellement²¹²⁴ ou dans le cadre de son parti et de son activité²¹²⁵, la réplique est systématique contre la magistrature. L'argumentaire est tout trouvé. Pour schématiser, la justice est aux ordres. Les magistrats sont pilotés par le pouvoir politique lançant les procédures contre eux car elle n'est pas indépendante. Cet argumentaire prend alors différentes formes grâce aux médias servant de porte-voix. À la suite de la perquisition mouvementée de son local, Monsieur Mélenchon fût condamné pour rébellion et provocation²¹²⁶. Il n'hésita pas à remettre en cause l'indépendance du parquet ; « concentrant tous les excès et instrumentalisé par la dérive autoritaire du pouvoir »²¹²⁷, des « procureurs qui sont le prolongement de Mme Belloubet »²¹²⁸, « un feuilleton judiciaire inventé par Belloubet et Macron alors que je me bats contre leur réforme des retraites »²¹²⁹. Mme Le Pen évoque « une instrumentalisation de la justice contre les opposants politiques, les français n'étant pas dupes »²¹³⁰. Elle soutient que « le parquet est dépendant du pouvoir politique. Le parquet n'est pas indépendant. Il y a un certain nombre de magistrats qui sont politisés, Il y a un vrai parfum de persécution »²¹³¹.

²¹²⁴ François Fillon est poursuivi, avec sa femme et son ancien suppléant parlementaire pour détournement de fonds publics par personne chargée d'une mission de service public, complicité et recel de ce même délit, complicité et recel d'abus de bien sociaux et déclaration mensongère à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), M. BABONNEAU, « Procès des époux Fillon : « Nous avons mal pour vous, madame » », *D. actu*, 28 février 2020 .

²¹²⁵ Jean Luc Mélenchon était visé par des enquêtes sur les comptes de campagne de la présidentielle de 2017 et l'emploi d'assistant parlementaire de députés européens par son parti, Les enquêtes visant M. Mélenchon et La France insoumise confiées à des juges d'instruction, *Le Monde* 10 novembre 2018 ; Marine le Pen est visé, au même titre que d'autres membres du Front National notamment dans l'affaire des emplois fictifs des assistants parlementaires au parlement européen entre 2012 et 2017.

²¹²⁶ TGI Bobigny, 9 déc. 2019, n° 18292000027 ; D. GOETZ, « Perquisition à La France insoumise : le jugement condamnant Jean-Luc Mélenchon », *D. actu*, 8 janvier 2020.

²¹²⁷ « Le procès Mélenchon relance le débat sur la réforme du parquet », *La Croix*, 18 septembre 2019.

²¹²⁸ « Procès de la France insoumise: Un « procès politique » ? Parties civiles et parquet démontent la thèse de Mélenchon », 20 minutes, 20 septembre 2019.

²¹²⁹ « Jean-Luc Mélenchon condamné à trois mois de prison avec sursis pour rébellion et provocation », *Le Parisien*, 9 décembre 2019.

²¹³⁰ Marine Le Pen : "Il y a incontestablement une politisation de la justice", *AFP*, 19 septembre 2019.

²¹³¹ Interview de Marine le Pen, *BFM politique*, 05 mars 2017.

Monsieur François Fillon attaquait l'enquête déclenchée par le parquet national financier à son encontre avec une rapidité inédite, l'orchestration d'un cabinet noir à son encontre mettant en lumière un parquet aux ordres politiques²¹³². Les avocats de M. Fillon se félicitent de la désignation des juges d'instructions, « permettant de faire reconnaître son innocence par des juges indépendants »²¹³³. Ces propos tenus ou attribués à ces personnalités politiques à l'encontre du parquet et de la magistrature pèsent lourds. Ils émanent des personnes arrivées 2^{ème}, 3^{ème} et 4^{ème} aux élections présidentielles de 2017 ayant recueilli à eux trois 21 951 437 voix²¹³⁴. Leurs voix ont un impact certain sur l'opinion publique, alimentant la défiance des justiciables vis-à-vis de la magistrature. Semblant passer pour des victimes expiatoires sur l'autel d'une justice aux ordres du pouvoir politique, leur critique de la dépendance est pernicieuse. Ils tiennent en réalité un double discours entretenant le statu quo sur les rapports entre pouvoir politique et magistrature et la défiance en découlant. Vitupérant tous contre un parquet dépendant, ils ne s'engagent pas pourtant dans les processus de réforme, si minimaliste soit-elle, du parquet. François Fillon, seul député, parmi les trois pris en exemple lors de la XIV^{ème} législature, a voté contre le projet de réforme constitutionnel lors des deux scrutins publics à l'Assemblée Nationale²¹³⁵. Les candidats Mélenchon et Le Pen n'évoquaient pas l'indépendance de l'autorité judiciaire dans leurs programmes politiques. Ils prévoyaient la réforme du Conseil supérieur de la magistrature sous le contrôle du parlement pour l'un²¹³⁶ et la suppression de l'ENM pour l'autre²¹³⁷.

Ces deux propositions ne vont pas dans le sens d'une indépendance accrue de la magistrature du pouvoir politique. Soit elle la soumettait à une réorganisation du CSM aux contours incertains soit elle prévoyait la suppression de l'ENM, un des organes principaux de l'indépendance sous prétexte de laxisme.

²¹³² «La rapidité avec laquelle l'affaire Fillon a été traitée au début est stupéfiante», Le Figaro, 4 mai 2018.

²¹³³ « Affaire Fillon : l'enquête confiée à trois juges d'instruction (parquet national financier) », Europe 1, 24 février 2017.

²¹³⁴ M. François Fillon : 7 212 995 ; M. Jean-Luc Mélenchon : 7 059 951 ; Mme Marine Le Pen : 7 678 491 ; Conseil Constitutionnel, Décision n° 2017-169 PDR du 26 avril 2017, Déclaration du 26 avril 2017 relative aux résultats du premier tour de scrutin de l'élection du Président de la République.

²¹³⁵ Scrutin public sur l'ensemble du projet de loi constitutionnelle portant réforme du conseil supérieur de la magistrature (première lecture), Première séance du 4 juin 2013, analyse du scrutin n° 525 ; Scrutin public sur l'ensemble du projet de loi constitutionnelle portant réforme du conseil supérieur de la magistrature (deuxième lecture), deuxième séance du 26 avril 2016, analyse du scrutin n° 1266, Assemblée Nationale.

²¹³⁶ « Remplacer le Conseil supérieur de la magistrature par un Conseil supérieur de la justice désigné pour partie par les magistrats et le Parlement, devant lequel il sera responsable. », L'avenir en commun, programme élection présidentielle J-L MELENCHON, Février 2017.

²¹³⁷ « Afin de rompre avec la culture du laxisme, supprimer l'École Nationale de la Magistrature et créer une filière de formation commune aux carrières judiciaires (avec des écoles d'application) », M. Le PEN, Engagement n°23, 144 engagements présidentiels, Marine 2017.

Au-delà de ces trois personnalités politiques tenant ce double discours, c'est l'ensemble de la classe politique qui l'emploie. L'immobilisme en est la preuve, l'hypocrisie entourant le parquet et sa réforme, tue la légitimité de la magistrature dans son ensemble. En souhaitant l'indépendance ou en dénonçant la dépendance mais en ne permettant pas la moindre réforme à ce sujet, le pouvoir politique enferme la magistrature dans la défiance. Le statu quo nuit à la magistrature. Le maintien du lien ne peut profiter qu'au pouvoir politique, la magistrature n'en retire rien de positif.

Sous la forme d'une commission d'enquête, au nom évocateur et provocateur dans le contexte de défiance, sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire²¹³⁸ souhaitée par M. Mélenchon et les autres députés de son parti, elle tacle violemment le parquet dénonçant des instructions de la garde des sceaux à l'égard des poursuites contre des manifestants, la condamnation de l'ancien garde des sceaux Jean Jacques Urvoas pour violation du secret venant des informations du ministère public²¹³⁹ ou les perquisitions subies par son parti²¹⁴⁰. Monsieur Francois Molins, procureur général près la Cour de cassation, à l'occasion de son audience par cette commission, ne cessera d'affirmer l'indépendance fonctionnelle du ministère public depuis la loi de 2013 interdisant les instructions individuelles et la circulaire de 2014 sur les modifications sur les remontées d'informations sans nier le besoin de réforme statutaire²¹⁴¹ face à un député convaincu et l'interrogeant sur un parquet aux ordres, sur la suspicion et la défiance généralisée²¹⁴². Le dialogue, entre le politique et la magistrature, semble alors être arrivé à bout de souffle. Au bout de 8 mois de travaux et d'auditions, un rapport d'enquête est rendu²¹⁴³. Après avoir relevé l'importance de l'indépendance, de ses garanties actuelles et à renforcer²¹⁴⁴, 40 propositions synthétiques ressortent des travaux de la Commission²¹⁴⁵. Elle préconise principalement, sans surprise ni innovation majeure, la réforme du parquet tout en préservant les prérogatives du garde des sceaux²¹⁴⁶. L'avant-propos du président de la Commission, le

²¹³⁸ Commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire créée le 7 janvier 2020, Assemblée Nationale.

²¹³⁹ M. BABONNEAU, « Procès Urvoas ou le périlleux devoir d'un ministre », *D. actu.*, 26 septembre 2019.

²¹⁴⁰ Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, n° 2457 rectifiée, déposée le 3 décembre 2019.

²¹⁴¹ Circulaire du 31 janvier 2014 de présentation et d'application de la loi n°2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, Bulletin officiel complémentaire du 14 février 2014, Ministère de la Justice.

²¹⁴² Audition de F. MOLINS, Commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, Mercredi 5 février 2020, Séance de 14 heures 30, Compte rendu n° 4.

²¹⁴³ Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 septembre 2020, n°3296, Assemblée nationale, 895 p.

²¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 27 – 154.

²¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 155 – 158.

²¹⁴⁶ P. JANUEL, « Indépendance de la justice : l'heure des conclusions », *D. actu.*, 2 septembre 2020.

député Bernalicis, demeure vindicatif. Il persiste à considérer la magistrature comme étant aux ordres de l'exécutif et fait une liste de propositions à part, dite « FI », moins policée que celle de la Commission²¹⁴⁷. À l'occasion de cette Commission, l'audition de Madame Houlette, ancienne procureur du parquet national financier avait déclenché une polémique sur la question de son indépendance à l'aune de l'affaire Fillon²¹⁴⁸. Saisi par le Président de la République pour avis, le CSM exclut toute intervention du pouvoir exécutif dans les affaires de l'autorité judiciaire. Néanmoins, il plaide pour une réforme du parquet pour mettre fin à « l'ère du soupçon »²¹⁴⁹. Suite à cet avis, l'USM appelle, de nouveau, à une réforme par l'alignement total du statut du parquet sur celui du siège fondé sur le consensus du besoin de garantie d'indépendance du parquet²¹⁵⁰. Le Syndicat de la magistrature va également en ce sens²¹⁵¹.

Sur un ton humoristique mais ô combien révélateur, l'association des magistrats allergiques aux décorations appelle les magistrats à refuser toutes les décorations provenant du pouvoir politique ; témoin d'une influence à proscrire au nom de l'indépendance²¹⁵².

L'ensemble de ces considérations fait qu'il est impossible de continuer à penser la magistrature sur ce modèle, le même depuis le début du XIX^{ème} siècle. Il est dépassé et dangereux de le conserver. Plus la défiance grandit, plus l'illégitimité de la magistrature s'aggrave.

²¹⁴⁷ « Proposition FI n°1 : Modifier la Constitution afin d'y inclure les notions suivantes : « La Justice est rendue au nom du peuple. Le pouvoir de rendre la Justice est confié à des juges impartiaux, inamovibles, qui ne sont soumis qu'à la loi. Ce pouvoir judiciaire constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir. » Proposition FI n°2 : Modifier l'article 64 de la Constitution pour supprimer la mention selon laquelle le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire au profit du Conseil supérieur de la magistrature (CSM). Proposition FI n°3 : Suppression de l'article 17 de la Constitution pour supprimer la grâce présidentielle, qui permet au Président de la République de supprimer ou de réduire la peine d'un condamné. Les grâces ne doivent relever que de la loi. Proposition FI n°4 : Tenir un débat annuel sur la jurisprudence dans les commissions permanentes de l'Assemblée nationale et du Sénat sur la base des rapports d'activité de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Le législateur pourra ainsi apprécier les évolutions jurisprudentielles devant être précisées ou non dans la loi », Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 septembre 2020, n°3296, Assemblée nationale, p. 17.

²¹⁴⁸ M. BABONNEAU, « Affaire Houlette ou l'hypocrite débat sur l'indépendance du parquet relancé », *D. actu.*, 22 juin 2020.

²¹⁴⁹ Avis au Président de la République, saisine du 19 juin 2020, Formation plénière du CSM, 16 septembre 2020.

²¹⁵⁰ USM, « Le CSM confirme l'urgence de la réforme du statut du parquet », Communiqué de presse, 16 septembre 2020.

²¹⁵¹ Syndicat de la magistrature, « Avis du CSM et rapport de l'IGJ sur une enquête du PNF : notre courrier au garde des Sceaux », 16 septembre 2020.

²¹⁵² « La distribution de médailles aux magistrats par les détenteurs du pouvoir exécutif est incompatible avec l'indépendance (...) et le principe de la séparation des pouvoirs », C. FLEURIOT, « Ils militent pour que les magistrats n'aient plus de décorations », *D. actu.*, 16 décembre 2016.

Chapitre 2 : La destruction du modèle actuel au profit d'un réel pouvoir judiciaire

La défiance à l'égard de la magistrature est induite par l'inaction constatée du pouvoir politique à enclencher une réforme du parquet. Le statu quo entraîné par cette inaction est le signal d'un mal plus profond, résistant aux bonnes intentions et condamnations unanimes de la dépendance. Ce dernier est inévitable puisque la relation pouvoir politique / magistrature ne concerne plus celle d'un pouvoir avec une autorité qui lui est rattachée par le symbole de la nomination. La mort du concept d'autorité judiciaire entourant la magistrature empêche toute réforme et est démontrée par une magistrature et des magistrats qui s'expriment contre le pouvoir politique. S'obstiner à vouloir réformer une autorité judiciaire sans (vouloir) s'apercevoir qu'elle n'est plus cela rend toute tentative vaine (Section 1).

Il convient alors de tirer les leçons d'un tel constat et de mettre en œuvre une réponse à la hauteur de la question posée, la garantie de l'indépendance d'un pouvoir judiciaire autour d'un siège vraiment indépendant et d'un parquet assumant sa dépendance (Section 2). Ce basculement vers un pouvoir judiciaire a été dissimulé derrière les difficultés actuelles de l'autorité judiciaire, des discussions, des affrontements autour de ses garanties ou de sa remise en cause.

L'apparition de la magistrature « à la Française » est l'émanation de ce basculement masqué et incontrôlé engendrant des fortes tensions autour du parquet et de son indépendance. Elle est l'expression d'une magistrature en crise d'identité ; plus du tout une autorité, pas encore considérée comme un pouvoir.

Section 1 : La mort déniée de l'autorité judiciaire

Les profondes évolutions et les différents freins inhérents à la magistrature « à la Française » témoignent en réalité d'une autorité judiciaire mourante et d'un pouvoir judiciaire avançant masqué. L'échec de la réforme s'explique du fait qu'elle ne répond pas aux problématiques actuelles. Apporter une réponse par une réforme d'une autorité judiciaire alors qu'on doit l'apporter à un pouvoir judiciaire rend impossible toute avancée (Paragraphe 1). La différence fondamentale entre une autorité et un pouvoir est la capacité de s'exprimer par et pour lui-même. Une autorité judiciaire ne pourrait pas s'exprimer de manière autonome et, si elle le souhaite, pouvoir critiquer le pouvoir politique auquel elle est censée être rattachée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'inadaptation des réponses à la problématique de la magistrature « à la Française »

La mort du concept d'autorité judiciaire est la cause sous-jacente de toutes les difficultés connues par la magistrature. À s'attarder sur une réforme hypocrite a minima du parquet ou de la magistrature sans la moindre chance de prospérer (I), on passe à côté du véritable problème. Il est impossible de la réformer dans ces conditions. Il est illusoire et fondamentalement inutile de penser à transformer une autorité judiciaire, avec des propositions pour une autorité, si elle n'en est plus une. L'indépendance de la magistrature est construite sur la même formule depuis le début du XIX^{ème} siècle, laquelle n'est plus adaptée (II).

I : L'échec de l'approche de la réforme de la magistrature

Depuis plus de 10 ans, la réforme de la magistrature pour tendre à une meilleure indépendance ne se pose qu'à l'aune du parquet. La divergence CEDH/CJUE et les critiques en émanant, les projets de réformes, les discussions portent tous sur le parquet et la façon de le rendre indépendant. Il est donc considéré comme le chaînon manquant de l'indépendance de la magistrature du pouvoir politique si tous les efforts et réflexions sont concentrés sur lui.

Véritable enjeu pratique²¹⁵³ et théorique, l'indépendance du parquet a été envisagée par l'alignement de son statut sur celui du siège. Considérant le siège comme indépendant, donner au parquet le même statut devrait avoir pour effet de le rendre aussi indépendant. Si les mécanismes fonctionnent pour l'un des hémisphères de l'autorité judiciaire, Ils devraient fonctionner alors pour l'autre. C'est sur cette logique que les deux projets de réforme constitutionnelle furent construits, se dégageant d'un consensus doctrinal et politique.

En plus de cette approche de réforme, une autre existe pour tenter de concilier indépendance du pouvoir politique et application de la politique pénale, mis à part l'idée de l'élection. Dès 1997, le rapport Ballardur²¹⁵⁴ avançait deux pistes pour « une justice mieux garantie »²¹⁵⁵.

²¹⁵³ J-L. LENNON, « L'indépendance du ministère public ou le supplice de Tantale », *D. pénal*, n° 11, Novembre 2016, étude 25.

²¹⁵⁴ *Une Ve République plus démocratique*, Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, 29 octobre 2007, 181 p.

²¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 78 – 85.

En parallèle de la rénovation en profondeur du Conseil supérieur de la magistrature évoquée en second, le comité formalise dans son rapport un concept émergent, celui de procureur général de la nation.

Reconnaissant les liens forts entre le parquet et le pouvoir politique, ce procureur général de la nation « poursuivrait un double objectif : renforcer la cohérence du Parquet afin que la loi soit appliquée de manière égale sur l'ensemble du territoire national et décharger le garde des sceaux du soin d'adresser aux procureurs les « instructions individuelles » »²¹⁵⁶. Conscient du danger du soupçon sur l'indépendance de la magistrature, cette création permettrait de dégager le parquet du pouvoir politique tout en maintenant son rôle sur la politique pénale. Par un processus spécifique²¹⁵⁷, il remplacerait ainsi le garde des sceaux au sommet de la hiérarchie du parquet. Pour le comité, l'idée est aussi séduisante que risquée. Si elle semble réussir l'impossible conciliation entre assurer l'indépendance et assurer la cohérence de la politique pénale par le parquet de prime abord, elle peut engendrer d'autres difficultés plus importantes que celles résolues. Le rapport s'inquiète des liens entre ce procureur et le gouvernement avec l'inutilité du garde des sceaux en découlant²¹⁵⁸.

Cependant, à l'instant où il est évoqué comme piste de réforme, il est aussitôt exclu de la réflexion du comité qui « choisit de ne pas recommander au Président de la République de s'engager dans la voie de la création d'un procureur général de la nation »²¹⁵⁹. Il détonne trop des équilibres actuels autour de la magistrature, engendrant un positionnement trop incertain²¹⁶⁰ entre le garde des sceaux et le CSM pour être viable. Il apporterait plus de problème qu'il n'en résoudrait.

Malgré une viabilité incertaine lui valant de ne pas être conseillé par un comité de réflexion le mettant en avant, ce procureur de la nation demeure une piste évoquée pour l'indépendance du parquet par les universitaires, les magistrats ou le pouvoir politique. Ils adaptent les conditions

²¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 78.

²¹⁵⁷ Le comité Balladur évoque « il serait statutairement indépendant du ministre de la justice et les magistrats du Parquet dépendraient de lui seul ; proposée par le Gouvernement, sa nomination serait soumise au Parlement et approuvée par le Président de la République. », *ibid.*, p. 79.

²¹⁵⁸ « Si l'on admet en effet que le Gouvernement demeurerait, en tout état de cause, responsable devant le Parlement de la définition et de la mise en œuvre des orientations générales de la politique pénale, un procureur général de la nation pourrait être tenu d'avoir à appliquer, à l'issue d'un changement de gouvernement ou de majorité, une politique pénale distincte de celle pour l'application de laquelle il aurait été choisi. Quelle serait, dès lors, son autorité ? Surtout, il est apparu au Comité que le ministre de la justice verrait alors son rôle tellement amoindri que le risque de voir la politique pénale échapper au contrôle de la représentation nationale serait accru et l'unicité du corps judiciaire menacée. », *ibid.*

²¹⁵⁹ *Ibid.*

²¹⁶⁰ B. MATHIEU, « Le « comité Balladur », ses travaux, son rapport. Vues intérieures », *RFDC*, 2008/5 HS n°2, p. 33.

de nominations ou les pouvoirs de ce procureur tantôt nommé par le Parlement, tantôt par le CSM tout en soulevant les mêmes difficultés²¹⁶¹. Une proposition de loi constitutionnelle similaire a été déposée en 2011²¹⁶² à l'Assemblée et en 2015 au Sénat sur l'instauration de « la fonction de procureur général de la Nation »²¹⁶³ par le même parlementaire.

La proposition relève, à juste titre, que la réforme constitutionnelle de 2013 sur le CSM ne donne qu'«une impression d'indépendance du parquet et de ses magistrats, la pratique semblant plus floue »²¹⁶⁴. Elle estime alors que le procureur général de la nation permet l'indépendance du parquet par une autre autorité que le garde des sceaux à son sommet, « en coopération avec la Chancellerie ». Nommé pour 5 ans par le CSM, il récupère les pouvoirs dévolus au garde des sceaux en matière de nomination et de discipline à l'égard du parquet, tout en pouvant donner des instructions individuelles. Le procureur général de la Nation servirait alors d'intermédiaire entre le parquet et le pouvoir politique²¹⁶⁵. Bien qu'alléchante, cette proposition en deux temps ne prospérera pas. La première est restée au stade de la seule proposition sans être examinée ni discutée, la seconde subissant le même sort.

A posteriori, c'est bien la rénovation du CSM qui a été la voie choisie par le pouvoir politique pour le parquet délaissant le procureur général de la nation. Le terme de meilleure garantie pour la justice évoquée pudiquement par le rapport Balladur n'est rien d'autre qu'une meilleure indépendance du parquet.

²¹⁶¹ V. par ex : O. DUFOUR, « Il est urgent de clarifier la situation du parquet », *LPA*, 21 janv. 2011, p. 3. ; A. MARTINI, « Quel avenir pour le ministère public ? Conférence organisée par la Cour de cassation sous le haut patronage de Christian Poncelet, président du Sénat (Sénat, 12 octobre 2007) », *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 235. ; H. LEHMAN, « Poser le parquet au bon endroit », *AJ Pénal*, 2018, p. 356. ; C. FLEURIOT, « Publication du rapport de politique pénale du garde des Sceaux », *D. actu.*, 12 mai 2017 ; J. CERMAN, E. HIDEUX, « Les rencontres de Créteil : Demain le ministère public, justice ou République ? », *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 232. ; Y. LAURIN, « Le président de la République et l'autorité judiciaire », *D.*, 2007, p. 2396. ; D. SALAS, « Quelle justice à l'aube du nouveau quinquennat ? », *Les cahiers de la justice*, 2017, p. 383.

²¹⁶² Proposition de loi constitutionnelle instaurant la fonction de procureur général de la Nation, présentée par Messieurs Jean-Pierre GRAND, Marc BERNIER, Jean-Pierre DECOOL, Jacques DOMERGUE, Jean UEBERSCHLAG et Michel ZUMKELLER, députés, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 novembre 2011, Assemblée Nationale, n° 3930, 8 p.

²¹⁶³ Proposition de loi constitutionnelle instaurant la fonction de procureur général de la Nation, présentée par M. Jean-Pierre Grand, Sénateur, enregistrée à la Présidence du Sénat le 19 août 2015, Session extraordinaire de 2014-2015, Sénat, n° 664, 10 p.

²¹⁶⁴ *Ibid.*

²¹⁶⁵ J-Y. le BORGNE, *Changer la justice*, Paris, PUF, 2017, p. 75.

Que ce soit la réforme du CSM pour le parquet ou la création du procureur général de la nation, elles visent une amélioration globale de la magistrature par le seul biais du parquet. Le constat qui ressort de ces deux pistes est qu'elles n'ont pas prospéré. Ni l'une ni l'autre n'ont trouvé à s'appliquer aboutissant à un statu quo dévastateur.

L'échec de la réforme du CSM, les réflexions théoriques autour d'un super procureur ou toutes autres idées de réforme échouent car elles prennent la problématique de l'indépendance de la magistrature par une approche vouée à être trop réductrice et biaisée. « L'impossible réforme de la justice »²¹⁶⁶ est justement impossible car elle passe à côté du véritable problème.

L'accomplissement de l'indépendance par le seul prisme du parquet fausse la réflexion. Elles ne sont simplement pas les bonnes solutions. La question de l'indépendance ne saurait procéder que du parquet. La question est plus vaste et n'est pas close pour le siège et la magistrature en général. Ne se soucier que du parquet, c'est passé à côté de l'essentiel. La réforme seule du parquet ne change rien à la problématique de l'indépendance de la magistrature. Elle dépasse largement le seul rapprochement de statut entre le parquet et le siège. Elle ne bouleverse pas l'essentiel de la relation magistrature et pouvoir politique. L'indépendance de la magistrature n'est pas pleinement assurée. Le mal est plus profond et dépasse le seul parquet.

Sans s'intéresser au siège ou au parquet de manière spécifique, la magistrature est laissée dans une position de faiblesse par le pouvoir politique, nuisant à son indépendance. Si la magistrature s'est qualitativement améliorée par les mécanismes d'indépendance, elle est maintenue à un niveau bien différent quantitativement sur les moyens humains et budgétaires. Elle n'a pas la capacité d'exister pleinement. Sa faiblesse ne peut profiter qu'au pouvoir politique, dont elle n'est censée n'être qu'une branche.

Par une approche pragmatique, on révèle sans difficulté un très grand rapprochement entre ce qu'était la magistrature au XIX^{ème} siècle et ce qu'elle est maintenant sur le nombre de magistrats et le budget. Elle démontre l'état de faiblesse et de tension dans lequel le pouvoir politique laisse la magistrature. Cet état nuit, indirectement, à la légitimité de la magistrature.

En 2019, la magistrature compte environ 8400 juges et parquetiers confondus²¹⁶⁷ pour 67 063 703 habitants²¹⁶⁸. Entre 1827 et 1883, la France compte autour de 7500 magistrats avant

²¹⁶⁶ A. GARAPON, T. PUECH, « l'impossible réforme de la justice. Bilan d'un échec politique », in D.SALAS (prés. par), *La Justice, révolution démocratique*, DDB Société, Desclée De Brouwer, 2001, p. 201 – 234.

²¹⁶⁷ N. BRACONNAY, *La justice et les institutions juridictionnelles*, La documentation française, 2019, 180 p.

²¹⁶⁸ INSEE, Bilan démographique 2019, Population totale par sexe et âge au 1^{er} janvier 2020, France.

de tomber vers 7000 vers 1900, vers 5000 au milieu du XX^{ème} siècle avant de remonter progressivement vers 6000 dans les années 1980²¹⁶⁹. Les écarts ne sont pas exceptionnels bien que deux siècles séparent les effectifs. Cependant, la population totale a explosé. Oscillant autour de 27 millions à la fin du XVIII^{ème} siècle, elle monte à 37 millions en 1855²¹⁷⁰. Au début du XX^{ème} siècle, la population totale dépasse les 40 millions²¹⁷¹. Elle atteint les 50 millions au début des années 70 et les 60 millions en 2004²¹⁷².

Afin de comparer deux années précises pour se rendre compte des écarts ; en 2019, la France compte 8400 magistrats pour 67 063 703 millions d'habitants. En 1832, il y avait 7688 magistrats²¹⁷³ pour 32 500 000 habitants²¹⁷⁴. En 2019, il y a un magistrat pour 7976 habitants. En 1832, il y avait un magistrat pour 4227 habitants.

À ce constat, il faut bien entendu ajouter l'explosion contentieuse entre le milieu du XIX^{ème} siècle et le début du XXI^{ème} siècle pour qu'il prenne tout son sens. En essayant d'établir une comparaison ayant du sens, en matière civile, aux alentours des années 1840, un jugement civil était rendu pour 70 habitants²¹⁷⁵ soit 464 285 jugements pour 32 millions et demi d'habitants. En 2019, pour les seules affaires terminées²¹⁷⁶ en première instance en matière civile, on dépassait les 2 000 000²¹⁷⁷ soit une affaire pour 3.3 habitants. En 1832, 70 jugements étaient rendus par magistrat. En 2019, 2380 affaires ont été traitées et terminées par magistrat.

Une comparaison sur le budget de la justice est tout autant saisissante. En prenant en compte le budget global alloué à la Justice²¹⁷⁸, il est de 3,2% par rapport au budget général de l'État²¹⁷⁹ en 2019. Lors de la Restauration, entre 1814 et 1830, le budget alloué à la Justice était lui aussi

²¹⁶⁹ J-C. FARCY, *Les carrières des magistrats (XIX^{ème}-XX^{ème} siècles) : annuaire rétrospectif de la magistrature*, Centre Georges Chevrier, UMR 5605 Université de Bourgogne, GIP Mission de recherche Droit et Justice, Juin 2009, p.113.

²¹⁷⁰ L. HENRY, Y. BLAYO, « La population de la France de 1740 à 1860 », *Population*, 30^{ème} année, n°1, 1975, p. 95.

²¹⁷¹ J. DUPÂQUIER, *Histoire de la population française de 1789 à 1914*, Paris, PUF, 1988, 626 p.

²¹⁷² E. ATHARI, *Quarante ans d'évolution de la démographie française : le vieillissement de la population s'accélère*, Portrait social, édition 2019 - Insee Références, 26 p.

²¹⁷³ J-C. FARCY, *Les carrières des magistrats (XIX^{ème}-XX^{ème} siècles) : annuaire rétrospectif de la magistrature*, Centre Georges Chevrier, UMR 5605 Université de Bourgogne, GIP Mission de recherche Droit et Justice, Juin 2009, p. 113.

²¹⁷⁴ G. ANTONETTI, *Histoire contemporaine politique et sociale*, 8^e éd., PUF, Paris, 1999, p. 241.

²¹⁷⁵ J. SGARD, *Les Comptes Généraux de la Justice : une description des institutions judiciaires de la France au XIX^e siècle*, Rapport de Recherche Institut CDC pour la Recherche, Sciences-Po, 2010, p. 17.

²¹⁷⁶ Pour se rapprocher de la notion de jugement évoquée précédemment et établir un parallèle.

²¹⁷⁷ Les chiffres clés de la justice, 2019, Ministère de la justice, p. 11.

²¹⁷⁸ Comprenant toutes ses composantes avec la Justice judiciaire, l'administration pénitentiaire, la protection judiciaire de la jeunesse, l'accès au droit et à la justice, la conduite et pilotage de la politique de la justice et Conseil supérieur de la magistrature.

²¹⁷⁹ Les chiffres clés de la justice, 2019, Ministère de la justice, p. 6.

de 3,2%, déclinant progressivement jusqu'à la moitié du XX^{ème} siècle pour remonter ensuite de nos jours²¹⁸⁰.

Le très grand rapprochement sur le nombre de magistrat et le budget alloué à la Justice crée un décalage tout aussi grand. Malgré l'explosion du contentieux ne serait-ce qu'en volume, la magistrature est dotée de moyens humains similaires et financiers équivalents en proportions.

Comme évoqué dans le paragraphe sur la standardisation des magistratures à l'aune de l'indépendance, la France était nettement en retrait par rapport à ses voisins européens sur le nombre de juges et de procureurs pour 100 000 habitants²¹⁸¹. Concernant son budget, la France se trouve dans la moyenne très basse²¹⁸² comparativement aux autres pays de la CEDH. Il ressort à son encontre de lourdes critiques. Monsieur Jean-Jacques Urvoas, alors garde des sceaux, dénonce son extrême faiblesse allant jusqu'à évoquer la « clochardisation »²¹⁸³ de la magistrature.

Derrière la question du nombre de magistrat ou du budget se cache la question de la puissance souhaitée pour la magistrature. Le fait que le pouvoir politique concède à la magistrature des moyens humains et budgétaires équivalents à ceux du milieu du XIX^{ème} siècle, tout en prenant en compte l'explosion du contentieux, interroge forcément sur les causes plus profondes. Les seules contraintes budgétaires inhérentes à tous les États ne sauraient expliquer cette remarquable stabilité dans le nombre de magistrat et du budget consacré à la justice, à la magistrature. Il est incohérent qu'une magistrature dominée et une magistrature considérée indépendante, mis à part le parquet, séparée de deux siècles aient les mêmes moyens.

Il en découle la place conférée, par le pouvoir politique, à la magistrature. Le fort décrochage français sur ces questions est révélateur d'interrogations plus intenses que la seule réforme du parquet. Le maintien de cette « clochardisation » de la magistrature démontre une volonté de

²¹⁸⁰ J-C. ASSELAIN, *L'argent de la justice. Le budget de la justice en France de la Restauration au seuil du XXI^e siècle*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2009, p. 156 – 165.

²¹⁸¹ « La France se place avant dernière avec 2.2 procureurs pour 100 000 habitants. Disposant d'un des plus petits nombres de procureurs par habitant, le parquet français doit assumer une charge de travail parmi les plus importantes. En moyenne, les procureurs reçoivent 3.1 affaires pour 100 habitants. La France atteint les 7.5 affaires pour 100 habitants. Elle doit ainsi faire beaucoup avec peu de magistrats. Pour les juges professionnels, avec une moyenne de 25.1 juges pour 100 000 habitants, la France est à 10.4, bien loin de l'Allemagne à 34,8 ou de l'Espagne à 20.9. Elle est au niveau de la Belgique, du Danemark ou de l'Italie » selon le rapport du CEPEJ 2018 évoqué précédemment.

²¹⁸² « Le budget justice oscille entre 0.09% pour l'Irlande et 0.77% pour la Bosnie-Herzégovine du PIB, avec une majorité entre 0.20 et 0.40% du PIB. Le Portugal dépense 0.32%, Le Royaume-Uni 0.25% et la Russie 0.31%. La France consacre 0.20% de son PIB pour la justice ».

²¹⁸³ O. HIELLE, « Le garde des Sceaux défend le projet de loi Justice du 21^e siècle », *D. actu.*, 18 mai 2016 ; Union syndicale de la magistrature, « Toujours plus loin vers la clochardisation de la Justice », communiqué du 11 juillet 2017.

laisser la magistrature dans un statut particulier, subordonné au pouvoir politique. On lui donne les moyens d'une autorité judiciaire. Il est désormais inconcevable de laisser la magistrature dans un tel état. Il dépasse la seule question budgétaire et pose la question de positionnement. Les moyens concédés à la magistrature sont en inadéquation totale avec ce qui est attendu par et pour la magistrature. L'indépendance n'est rien si la magistrature est affaiblie en commençant par ses moyens.

L'indépendance de la magistrature vue par le seul prisme de l'indépendance du parquet est un leurre. La réforme du CSM ou le procureur de la nation ne sont pas de bonnes réponses car le problème posé n'est pas le bon. Le parquet n'est qu'une question incidente. La réforme de la justice induit une « révolution des pouvoirs »²¹⁸⁴.

Le problème fondamental pour la magistrature est qu'elle est toujours considérée comme une autorité judiciaire alors qu'elle n'en n'est plus une. Ce décalage est la cause de bon nombres de ces maux évoqués précédemment dont la magistrature « à la Française » en est l'expression. La magistrature est en pleine crise d'identité. Elle est tiraillée entre son indépendance et sa condition.

II : La formule de l'indépendance de l'autorité judiciaire dépassée

S'il est si difficile de réformer la magistrature, c'est parce que les bonnes solutions n'ont pas été apportées, car le problème essentiel n'a pas été identifié. Au début du XIXème siècle, la magistrature devait fonctionner selon une formule, a priori, simple.

L'indépendance de l'autorité judiciaire, la magistrature subordonnée au pouvoir politique, était prévue pour être assurée par un juste équilibre entre la nomination par le pouvoir politique et l'inamovibilité le protégeant du pouvoir politique. Ce juste équilibre, reposant sur un paradoxe, s'est très vite dérégulé au profit de la nomination, et donc du pouvoir politique. En soustrayant la protection de l'inamovibilité par divers moyens, le pouvoir politique prenait le contrôle de cette formule. Cela entraîna diverses conséquences qui rendront la magistrature dépendante. Les équilibres originels ont explosé. À partir du dérèglement au profit du pouvoir politique, ce si fragile équilibre ne sera plus jamais retrouvé. La quête de l'indépendance, débutée dès le

²¹⁸⁴ D. SALAS, *Le tiers pouvoir, Vers une autre justice*, Éd. Hachette Littératures, coll. Forum, avril 1998, p. 267 et s.

XIX^{ème} et poursuivie depuis, n'aura eu de cesse de rééquilibrer cette formule pour tenter de résoudre ce paradoxe. Il faut compenser la dépendance créée par la nomination puisque l'inamovibilité n'y a pas résisté. Tout l'effort du XIX^{ème} siècle, dans la conceptualisation des mécanismes d'indépendance et de la seconde moitié du XX^{ème} siècle pour leurs mises en œuvre est tourné vers le rééquilibrage de la formule. À l'origine deux membres composaient la formule ; la nomination et l'inamovibilité. Au fur et à mesure, elle s'est alourdie et complexifiée. Pour compenser la nomination et ses conséquences dommageables et pour soutenir la seule inamovibilité insuffisante toute seule, d'autres mécanismes furent ajoutés pour tenter de la rééquilibrer. C'est en ce sens que l'objectivisation des règles, le concours, la formation à l'ENM, la gestion de carrière ou le CSM pour la nomination et la discipline sont des nouveaux éléments ajoutés à la formule originelle, pour tenter de tendre vers l'indépendance de l'autorité judiciaire.

En raison de cette complexification, la formule a totalement changé. À l'heure actuelle, d'un côté il y a toujours la nomination par le pouvoir politique mais de l'autre côté de la balance une multitude de mécanismes pour en réduire les effets, devenus néfastes et pour la plupart neutralisés. Elle a tellement changé que le fragile équilibre de la balance nomination/inamovibilité ne peut plus être retrouvé. Elle n'a en réalité plus grand-chose à voir et emporte avec elle un changement important.

Si la seule nomination couplée à l'inamovibilité permet l'indépendance de l'autorité judiciaire, le changement de la formule ne peut rester sans conséquence sur son résultat. Si le déséquilibre au profit de la nomination entraîne une dépendance de l'autorité judiciaire, le déséquilibre au profit de l'inamovibilité renforcée, à force de compenser, ne peut pas être à nouveau l'indépendance de l'autorité judiciaire. De telles transformations de la formule ne peuvent pas aboutir à retrouver le résultat original. L'objectif est atteint, la magistrature est devenue indépendante mais elle s'est transformée. On ne peut plus affirmer que la magistrature demeure une autorité judiciaire, subordonnée au pouvoir politique. Certes, elle est toujours nommée par lui mais dispose de tant de mécanismes d'indépendance qu'elle est plus que cela désormais. Le formule actuelle n'est plus en adéquation avec la notion d'autorité judiciaire telle que prévue originellement.

Pour Jean Foyer, la relation déséquilibrée entre le pouvoir politique et la magistrature, traduite ici par cette formule complexe, est l'histoire d'un pouvoir refusé²¹⁸⁵. Le retour et l'ancrage aussi

²¹⁸⁵ J. FOYER, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 16, 1981, p. 17 – 29.

puissant de l'indépendance face à la nomination vient modifier la nature de la magistrature dépassant ce refus. Elle ne peut rester inchangée après tant de bouleversements. Il est impossible de compenser une telle domination du pouvoir politique et de retrouver un équilibre ; la balance bascule dans l'autre sens.

La magistrature « à la Française » est le résultat de la transformation de la formule, d'une magistrature sous la critique et suscitant la défiance. Elle soulève deux aspects de la magistrature distincts entre le siège et le parquet.

La présence persistante du pouvoir politique à l'égard du siège est l'expression de la nomination qui fait toujours surface, bien qu'elle fût atténuée. Elle demeure une difficulté au sein de la formule, par la résistance de l'un de ses membres dans ces incessants mouvements face aux mécanismes d'indépendance tendant à un impossible équilibre.

A contrario, le parquet, qui cristallise la question d'indépendance de la magistrature, est une anomalie. L'introduction du parquet dans la formule est le symbole de la magistrature « à la Française » et de son dysfonctionnement. Cette question, qui ne devrait pas se poser, autour du parquet masque les problèmes légitimes du siège.

Pour rappel, l'indépendance de l'autorité judiciaire suppose la nomination contrebalancée par l'inamovibilité. Malgré ses évolutions, l'inamovibilité est toujours un des membres incontournables de la formule. Nommé par le pouvoir politique, le parquet est amovible sans que cela ne soit jamais remis en cause, privilège réservé au siège. Dès lors, il ne devrait pas être concerné par l'indépendance conférée à l'autorité judiciaire. Progressivement, les membres du parquet ont bénéficié des innovations de la formule d'indépendance comme le concours, la formation à l'ENM. Dans un second temps, le parquet a été capté par le CSM pour sa nomination et sa discipline. En empruntant un bon nombre de garanties d'indépendances dévolues au siège, la conséquence directe est que la question de son indépendance s'est ainsi posée, monopolisant la réflexion à ce sujet.

C'est à ce moment-là que la formule dysfonctionne et que la magistrature rentre en crise d'identité. L'unité du corps de la magistrature repose sur une fiction car le siège et le parquet ne sont pas soumis à la même nature. La formule originelle fonctionne pour le siège mais est une aberration pour le parquet. Intégrer le parquet dans cette réflexion induit forcément des incompréhensions, défiances, difficultés et immobilismes.

L'incorporation progressive du parquet dans la réflexion de l'indépendance démontre que la magistrature a changé de nature, elle n'est plus une autorité judiciaire. En étant devenue un pouvoir judiciaire, qui n'est plus subordonné au pouvoir politique, la crise d'identité s'est accélérée sans qu'une réponse n'y soit apportée.

La magistrature prise entre deux identités n'est pas un fait nouveau. Les différentes Constitutions françaises ont attribué à la magistrature différentes appellations, parfois en contradiction avec sa réelle nature. L'appellation « pouvoir judiciaire » fût attribué à la magistrature dans ces Constitutions ; celle de 1791²¹⁸⁶, du Directoire²¹⁸⁷ et de la Seconde République²¹⁸⁸. Si l'appellation peut se tenir pour les deux premières, elle ne peut l'être pour la troisième. Les purges régulières à partir de 1807 ont fait voler en éclat le concept théorique de pouvoir judiciaire et encore plus celui d'indépendance. D'autres Constitutions se sont contentées d'une appellation neutre comme par exemple « des tribunaux »²¹⁸⁹ ou de « l'ordre judiciaire »²¹⁹⁰. D'autres ne l'évoquent même pas²¹⁹¹. Tous ces attermolements n'ont pas aidé à construire une identité claire pour la magistrature, conduisant la Vème République à la présenter comme une « autorité judiciaire », aux antipodes des premières Constitutions. Preuve supplémentaire de la problématique, les pays voisins de la France attribuent en majorité l'appellation de pouvoir à leur magistrature²¹⁹². Derrière les oppositions doctrinales fortes sur la qualification de pouvoir ou d'autorité pour la magistrature, la nomination par le pouvoir exécutif n'est que le seul mode possible²¹⁹³. Cela traduit alors que la magistrature est construite comme une autorité.

Ne pouvant plus être qualifiée d'autorité judiciaire mais étant encore traitée comme cela, cette incompréhension est la source des ambiguïtés entourant la magistrature « à la Française » et des difficultés incidentes. Traiter et penser réformer une autorité judiciaire alors qu'on a à faire à un pouvoir est le problème central qui convient de réellement comprendre et résoudre.

²¹⁸⁶ Constitution de 1791, 3 et 4 septembre 1791, Chap. V « Du pouvoir judiciaire ».

²¹⁸⁷ Constitution du 5 Fructidor An III, Titre VIII « Pouvoir judiciaire ».

²¹⁸⁸ Constitution de 1848, IIe République, Chap. VIII « Du pouvoir judiciaire ».

²¹⁸⁹ Constitution du Consulat du 22 Frimaire An VIII, Titre V.

²¹⁹⁰ Constitution du Ier Empire du 28 floréal An XII, titre XIV. ; Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, Art. 57 et s. Charte constitutionnelle du 14 août 1830, Art. 48 et s.

²¹⁹¹ Les trois lois constitutionnelles de la IIIème République de 1875 ; Constitution du Second Empire du 14 janvier 1852.

²¹⁹² Annexe 1, éléments de droit comparé, J-P. ROYER, *Etre juge demain, Belgique Espagne France Italie Pays-Bas Portugal et R.F.A.*, P.U Lille, 1983, p. 389 – 390.

²¹⁹³ R. CHARVIN, *Justice et Politique*, op. cit., p. 181.

La puissance de l'indépendance acquise par tous les mécanismes la garantissant attire le siège à raison et le parquet à tort. Le siège doit être réellement indépendant du pouvoir politique. Le parquet est une victime de la magistrature « à la Française ». Du fait de la force de l'indépendance prenant le pas sur la nomination, il s'est fait entrainer dans la formule créant alors un paradoxe engendrant les difficultés abordées au chapitre 1. Un parquet dépendant par nature se retrouve au cœur de la question de l'indépendance de la magistrature. À force de ne pas prendre en compte les changements profonds de la magistrature par son indépendance et d'en tirer les conséquences ; elle finit par perdre son identité, entraînant statu quo et défiance.

La multiplication des mécanismes d'indépendances ont pris le pas sur la nomination par le pouvoir politique. L'exemple de l'avis conforme du CSM démontre que le pouvoir politique ne décide plus, ne choisit plus. Il valide le choix du Conseil. Autrefois toute puissante, elle est réduite à sa plus simple expression. Face à un tel constat, est-il toujours juste de parler d'indépendance de l'autorité judiciaire ? La magistrature est devenue un pouvoir sans qu'elle en ait le nom ni l'ensemble des garanties attachées à une telle nature.

Cet état intermédiaire correspond à la magistrature « à la Française », où le parquet parasite et détourne les interrogations autour de cette transformation. Le peu de nomination qu'il reste dans la formule, malgré l'ensemble des mécanismes d'indépendance, cause de grands dégâts pour la magistrature.

Dès l'origine, la formule reposait sur un paradoxe ; rendre indépendant la magistrature qui est rattachée au pouvoir politique. Le résultat est qu'elle ne fonctionne pas correctement et dysfonctionne depuis le départ. La magistrature à la « Française » est le résultat final de cette formule, qui suppose d'être totalement remaniée.

Partant de la formule originelle, l'indépendance de l'autorité judiciaire suppose la nomination compensée par l'inamovibilité, elle a été détournée par le pouvoir politique. Elle s'est transformée en dépendance de l'autorité judiciaire par la nomination sans la protection effective de l'inamovibilité. L'émergence des mécanismes d'indépendance a mis fin à la dépendance et a bouleversé la formule. On aboutit à une situation avec deux possibilités de reformulation qui contiennent chacune leurs propres difficultés. L'élément de l'indépendance est constant pour les deux.

Si l'on considère que la magistrature reste une autorité subordonnée au pouvoir politique, alors que l'ensemble des mécanismes s'y oppose, elle rentre en conflit avec cette nature. Si l'on considère que la magistrature est devenue un pouvoir, qui n'est plus subordonné au pouvoir

politique, alors la nomination devient un intrus et rentre en conflit avec cette nature. Dans les deux cas, les formules n'ont pas de sens et se contredisent en elles-mêmes.

La magistrature « à la Française » est la synthèse de ces deux formules, symbole du glissement imparfait de la première vers la seconde et, malgré tout, bloquée entre les deux. Au-delà de la seule question de l'indépendance du parquet qui semblait déterminante, la magistrature ne dispose pas d'une identité en adéquation avec sa vraie nature. Les moyens attribués à la magistrature doivent refléter cette évolution certaine.

Cet aspect très théorique du passage d'une autorité à un pouvoir par des jeux d'équilibres entre magistrature et pouvoir politique trouve à s'exprimer à travers un exemple précis. La preuve de ce basculement peut se faire à l'aune de l'expression indépendante des magistrats et de la magistrature.

Paragraphe 2 : L'expression comme preuve de l'obsolescence de la formule d'autorité judiciaire

La capacité pour l'autorité judiciaire de s'exprimer par elle-même, pour elle-même et contre le pouvoir politique démontre qu'elle n'en est alors plus une. Le syndicalisme judiciaire (I) ou la communication institutionnelle (II) sont les signes d'un pouvoir judiciaire qui s'ignore ou qui est ignoré. Cette faculté d'expression est un mécanisme d'indépendance de troisième génération, succédant et complétant l'inamovibilité, la garantie de la compétence juridique et de l'objectivisation du recrutement, de la carrière, de la discipline. L'expression de la magistrature par ces deux biais devient une nouvelle arme dans sa quête d'indépendance. Elle permet un combat pour son indépendance et sa réaffirmation en cas de remise en cause.

I : Le syndicalisme judiciaire comme moyen de lutte pour l'indépendance.

Le principe du syndicalisme ne fût admis qu'à la fin du XIX^{ème} siècle par la loi Waldeck-Rousseau²¹⁹⁴, abrogeant ainsi la loi Le Chapelier de 1791 interdisant les groupements et corporations professionnels. Il est évidemment impensable pour la magistrature dominée par le

²¹⁹⁴ «Les syndicats ou associations professionnelles, même de plus de vingt personnes exerçant la même profession, des métiers similaires, ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés, pourront se constituer librement sans l'autorisation du Gouvernement. », Art. 2, loi du 21 mars 1884 autorisant les syndicats en France, JORF du 22 mars 1884.

pouvoir politique de se syndiquer dès 1884, juste après l'une des plus grandes purges de magistrats éliminés par le pouvoir pour reprendre les termes employés²¹⁹⁵.

Il faudra attendre la seconde moitié du XX^{ème} siècle pour que le syndicalisme puisse trouver une application au sein de la magistrature. La progression constante de l'indépendance correspond à l'essor du syndicalisme. L'émergence du syndicalisme judiciaire témoigne d'une certaine clandestinité, sans en avoir le nom. Les premiers regroupements de magistrats se font sous forme associative²¹⁹⁶ dès 1911 par la création de l'Association amicale de la magistrature forte de 300 adhérents lors de sa fondation²¹⁹⁷. S'en suivront alors la création d'autres associations telles que l'Union Fédérale de la Magistrature (UFM) en 1946²¹⁹⁸, l'Association de la magistrature (AM) pour concurrencer l'hégémonie de l'UFM sous l'impulsion du pouvoir politique ou l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de justice (AAAAJ) au début des années 60²¹⁹⁹.

La forme associative adoptée permet de contourner l'interdiction, ou plutôt l'absence d'autorisation, de former des syndicats pour les magistrats. Elle leur permet déjà de se regrouper dans une structure autre que la magistrature.

Le tournant pour le syndicalisme est l'année 1968 ; date de la création du premier syndicat de magistrat et ce avant même qu'il ne soit autorisé. L'AAAAJ, au regard des événements de Mai, décide d'adopter la forme syndicale pour devenir le Syndicat de la magistrature (SM) le 8 juin²²⁰⁰. Le syndicalisme judiciaire au tournant des années 60 et 70 symbolisé par le SM s'inscrit dans une transformation plus globale de la Justice, de son rôle, de celui du juge et de la judiciarisation croissante des rapports sociaux. Il est une des réponses à ces grands bouleversements²²⁰¹.

Ce n'est que quatre ans plus tard que la syndicalisation de la magistrature sera reconnue. Par une décision « Demoiselle Obrego » de 1972, le Conseil d'État se prononçait sur un recours

²¹⁹⁵ Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, JORF du 31 août 1883, p. 4569.

²¹⁹⁶ Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, JORF du 2 juillet 1901, p. 4025.

²¹⁹⁷ L'association a été constituée le 29 avril 1911 ; *Bulletin officiel de l'Association amicale de la magistrature*, 1^{ère} année, n°1, juillet 1911, p. 2 et 5.

²¹⁹⁸ Regroupement d'autres associations créées post libération comme l'Union Professionnelle des Magistrats de France et d'Outre-mer et la Fédération des Cours et Tribunaux ; V. DUVAL, « Histoire et fondement de l'USM », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 431.

²¹⁹⁹ L. JOINET, *Le syndicalisme judiciaire et l'expérience du Syndicat de la Magistrature (SM) en France*, 10 juillet 2009.

²²⁰⁰ J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, op. cit., p. 1117.

²²⁰¹ A. DEVILLE, « L'entrée du syndicat de la magistrature dans le champ juridique en 1968 », *Droit et société*, n°22, 1992, p. 639 – 646.

pour excès de pouvoir d'une magistrate contre sa sanction disciplinaire pour manquement à son devoir de réserve. Membre du Syndicat de la magistrature, le Conseil admet alors que « considérant que le syndicat de la magistrature a intérêt à l'annulation de la décision attaquée qui concerne un magistrat déclarant avoir agi en sa qualité de membre de ce syndicat ; que, des lors, son intervention est recevable »²²⁰². Fort de cette reconnaissance, l'UFM décidera de se constituer en syndicat pour devenir l'Union syndicale de la magistrature (USM) en 1974²²⁰³. Le fait syndical est désormais implanté dans la magistrature française²²⁰⁴. Il agit tel un « virus à l'intérieur et à l'extérieur de la justice »²²⁰⁵. Renforcé par d'autres décisions²²⁰⁶ et différents textes²²⁰⁷, il ne sera formellement consacré qu'en 2016²²⁰⁸. L'ordonnance statutaire dispose désormais que « le droit syndical est garanti aux magistrats qui peuvent librement créer des organisations syndicales, y adhérer et y exercer des mandats »²²⁰⁹.

Ce bref rappel historique de l'implantation du syndicalisme en France démontre un besoin clair pour les magistrats de se regrouper et d'opter pour la forme syndicale. La forme associative n'était pas en adéquation avec le but visé par ces regroupements, expliquant le basculement avant même qu'il ne soit autorisé pour les magistrats. La forme syndicale est la plus adéquate. Les deux principaux syndicats, l'Union syndicale de la magistrature et le Syndicat de la magistrature, sont des émanations d'associations créées auparavant²²¹⁰. Le fait syndical pour la

²²⁰² CE, 1 déc. 1972, 80195, Rec.

²²⁰³ V. DUVAL, *op. cit.*, p. 432.

²²⁰⁴ M. ROBERT, « Le fait syndical dans la magistrature française », *Déviance et société*. 1978 - Vol. 2 - N°4, p. 389 – 399.

²²⁰⁵ D-H. MATAGRIN, « Le point de vue de Dominique-Henri Matagrín », ROYER J-P. (dir.). *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 143 – 156.

²²⁰⁶ « Compte tenu de ce que l'intéressé était membre du conseil national du syndicat en cause et de ce qu'il s'était borné à commenter la motion qui venait d'être adoptée par un congrès de cette organisation, son comportement ne constituait pas un manquement au devoir de réserve », CE, ass., 31 janv. 1975, « Exertier et Volff », Rec.

²²⁰⁷ « Tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix » Art. 6 du Préambule de la Constitution de 1946 ; « Circulaire Guichard du 28.03.1977 sur les droits syndicaux » et Circulaire Peyrefitte du 24.05.1978 sur les permanents syndicaux », in. M. ROBERT, « Le fait syndical dans la magistrature française », *Déviance et société*. 1978 - Vol. 2 - N°4, p. 398. ; « Le droit syndical est garanti aux fonctionnaires et aux magistrats et les intéressées peuvent librement créer des organisations syndicales, y adhérer et y exercer des mandats », Circulaire JUS-G-92600-72-C dite « circulaire Vauzelle » sur l'exercice du droit syndical au Ministère de la justice, 4 novembre 1992. ; « Il ne peut y être fait état ni de ses opinions ou activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques, ni d'éléments relevant strictement de sa vie privée. », Loi organique n° 92-189 du 25 février 1992 modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 29 février 1992, p. 3086.

²²⁰⁸ Art. 27, loi organique du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 11 août 2016, texte n°1.

²²⁰⁹ Art. 10-1, Ordonnance n°58-1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11556.

²²¹⁰ B. FOURNIEL, « Associations et syndicats de magistrats de l'ordre judiciaire dans la France du XXème siècle », in. J. KRYNEN et J-C. GAVEN (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIXe – XXe siècles)*, Etudes d'histoire du droit et des idées politiques n°17, Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 147 – 171.

magistrature s'est construit autour de la volonté de former un collectif bien différent de celui de la magistrature ; dans sa structure et son mode d'expression. Dès son origine, le SM opte pour une forme opposée à la magistrature.

La magistrature étant l'archétype du corps hiérarchisé, le syndicat a pris le contrepied. Il s'est structuré à partir de sections au niveau de chaque tribunal, véritable « moteur fondamental du syndicat »²²¹¹. Toujours considérées comme la base du syndicat, les sections syndicales sont traitées en premier par les statuts et sont chapeautées par des sections syndicales régionales issues de ces sections par des représentants. Le Conseil met en œuvre la politique du Congrès du Syndicat. Le Bureau est chargé de faire appliquer les décisions du Conseil²²¹².

Le fait syndical s'oppose à la magistrature à travers le ton de son expression, « le discours syndical ; volontairement libérateur et agressif rompant avec le formalisme traditionnel »²²¹³. En s'affranchissant du mode d'expression classique de la magistrature, le syndicat veut faire entendre une voix dissonante. Sociologiquement, cette voix dissonante est portée par des adhérents venant de différents horizons. Le Syndicat attire principalement des anciens auditeurs de justice venant de milieu aussi bien aisés que plus dépourvus en capital économique mais aussi des magistrats plus âgés se sentant déclassés ou dévalorisés²²¹⁴.

Cette voix nouvelle et différente a pour objet un but spécifique qu'elle s'est elle-même fixée. Elle s'est engagée, en priorité, à assurer²²¹⁵ ou à veiller²²¹⁶ à l'indépendance de la magistrature. Cet objectif est l'une des raisons d'existence du syndicalisme judiciaire. Le syndicalisme sert la défense de la magistrature, de la justice dont « l'idée maitresse qui préside aux destinées officielles [...] est celle de l'indépendance »²²¹⁷.

Au moment de ses écrits, Marc Robert, magistrat, estime que le syndicat dispose d'un rôle crucial, celui de faire tomber les tabous et les illusions autour des rapports entre magistrature et

²²¹¹ M. ROBERT, « Le fait syndical dans la magistrature française », *Déviance et société*. 1978 - Vol. 2 - N°4, p. 394.

²²¹² Art. 8 et s., Statuts du Syndicat de la magistrature, adoptés le 8 juin 1968 et modifiés le 25 et 26 novembre 2018.

²²¹³ M. ROBERT, « Le fait syndical dans la magistrature française », *Déviance et société*. 1978 - Vol. 2 - N°4, p. 393.

²²¹⁴ A. DEVILLE, « L'entrée du syndicat de la magistrature dans le champ juridique en 1968 », *Droit et société*, n°22, 1992, p. 651 et s.

²²¹⁵ « A) d'assurer l'indépendance de la fonction judiciaire, garantie essentielle des droits et libertés du citoyen, « Art. 2, Statuts de l'Union syndicale de la magistrature.

²²¹⁶ « De veiller à ce que l'autorité judiciaire puisse exercer en toute indépendance sa mission de garant des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de l'égalité de tous et de toutes devant la loi », Art. 3.1, Statuts du Syndicat de la magistrature.

²²¹⁷ M. ROBERT, *op. cit.*, p. 389.

pouvoir politique. Pour lui, les magistrats scotomisent, ils ne voient pas et refusent de voir qu'ils ne sont pas véritablement indépendants du pouvoir politique²²¹⁸.

Dès lors, son but ultime est de dénoncer la réalité cachée derrière la mystification que constitue l'indépendance, considérée comme totalement acquise dans les années 1970 grâce à la réforme de 1958²²¹⁹. L'un des membres fondateurs du Syndicat, Monsieur Pierre Lyon-Caen, dresse un constat très dur sur cette illusion d'indépendance. Il égratigne le Président garant de l'indépendance, l'assistance dans cette mission du CSM ou bien une inamovibilité parfois illusoire. Pour lui, l'inscription constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature n'est que « décoratif car vide de contenu »²²²⁰.

Le syndicalisme est une réponse aux maux de la magistrature actuelle à l'aune de l'indépendance. Il est donc la voix émergente pour dénoncer et pointer ces maux. Il est à la fois une réponse aux difficultés de la magistrature et un moyen d'expression de ces dernières. Il est autant un résultat qu'un moyen. Il existe parce qu'il y a suffisamment d'indépendance pour qu'il émerge mais pas assez pour qu'il puisse jouer un rôle.

Cette émergence du syndicalisme et de son objectif d'indépendance change la donne. Elle met en lumière des problématiques jusqu'ici peu visibles et bouleverse les équilibres. Ce profond changement ne peut se faire sans douleur. Une remise en cause du syndicalisme va apparaître concomitamment à son expansion. Le syndicalisme et l'indépendance se fortifient mutuellement, l'un ayant besoin de l'autre pour prospérer. La critique se posera autour de son impartialité. Les grands espoirs fondés dans les syndicats, traduits par cette urgence à adopter une telle forme, s'accompagnent de remises en cause et critiques toutes aussi fortes. L'apparition d'un nouvel acteur dans l'équation magistrature / pouvoir politique inspire crainte et méfiance. La problématique du syndicalisme est son rapport avec le pouvoir politique et la politique de manière générale, pouvant selon ses détracteurs ébranler son impartialité au nom de l'indépendance. Elle a ainsi amené à s'interroger sur l'encadrement du fait syndical voire de sa suppression.

²²¹⁸ *Ibid.*, p. 394.

²²¹⁹ *Ibid.*, p. 395.

²²²⁰ P. LYON-CAEN, « L'expérience du Syndicat de la magistrature. Témoignage », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 58 et s.

Cette crainte est d'abord basée sur un constat. Dès sa création, le Syndicat de la magistrature dispose d'une connotation politique marquée. Il est composé d'adhérents avec « le cœur à gauche »²²²¹ de l'échiquier politique moderne.

Tout citoyen se voit garantir une liberté d'opinion politique totale et leur expression²²²². Le magistrat est un citoyen et dispose donc de cette liberté. Cependant, l'ordonnance statutaire module fortement le rapport du magistrat avec le politique. Bien que la garantie de ses convictions soit reconnue et protégée²²²³, son statut de magistrat est incompatible avec une longue liste de mandat politique allant de celui de parlementaire à celui de conseiller municipal²²²⁴. Sans dénier ses convictions, le magistrat est tenu éloigné du monde politique. La crainte autour du syndicalisme se pose sur ce point précisément, que la politique ressurgisse au sein de la magistrature à travers les syndicats, et rompant l'exigence d'impartialité.

Pour le Syndicat de la magistrature, son orientation politique est notoire. Elle servira de cible pour le critiquer. Face à son succès grandissant en nombre d'adhérents²²²⁵, le syndicat prend

²²²¹ J. LIBMANN, « La « politisation » des juges : une vieille histoire ? », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 52.

²²²² « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. », Art. 10 et 11, DDHC ; « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions », Art. 19, DUDH.

²²²³ « Le dossier du magistrat doit comporter toutes les pièces intéressant sa situation administrative, enregistrées, numérotées et classées sans discontinuité. Il ne peut y être fait état ni de ses opinions ou activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques, ni d'éléments relevant strictement de sa vie privée. », Art. 12-2, Ordonnance n°58-1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11556.

²²²⁴ L'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice d'un mandat au Parlement, au Parlement européen ou au Conseil économique, social et environnemental, ainsi que de membre du congrès ou d'une assemblée de province de la Nouvelle-Calédonie, de représentant à l'assemblée de la Polynésie française, de membre de l'assemblée territoriale des îles Wallis et Futuna, de conseiller territorial de Saint-Barthélemy, de conseiller territorial de Saint-Martin ou de conseiller territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon ou avec la fonction de membre du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ou du gouvernement de la Polynésie française.

Nul ne peut être nommé magistrat ni le demeurer dans une juridiction dans le ressort de laquelle se trouve tout ou partie du département dont son conjoint est député ou sénateur.

L'exercice des fonctions de magistrat est également incompatible avec l'exercice d'un mandat de conseiller régional, de conseiller départemental, de conseiller municipal ou de conseiller d'arrondissement, de conseiller de Paris, de conseiller de la métropole de Lyon, de conseiller de l'Assemblée de Corse, de conseiller de l'Assemblée de Guyane ou de conseiller de l'Assemblée de Martinique dans le ressort de la juridiction à laquelle appartient ou est rattaché le magistrat.

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 de ces mandats, à l'exception du mandat de représentant au Parlement européen, depuis moins de trois ans.

Les dispositions des trois alinéas qui précèdent ne s'appliquent pas aux magistrats de la Cour de cassation. », Art.9, *ibid.*

²²²⁵ « Le succès du Syndicat fut rapide : 600 adhérents dès octobre 1968 et 940 en mars 1969 », in. « Le point de vue de Pierre Lyon-Caen », J-P. ROYER (dir.), *La justice d'un siècle à l'autre*, op. cit., p. 131.

une ampleur certaine. Par la séduction grandissante des idées du Syndicat auprès de grands noms de gauche²²²⁶, elle gagne en puissance.

Concomitamment à cette montée en puissance, un mouvement de diabolisation du Syndicat de la magistrature va se mettre en place dans les années 70, à travers sa politisation. Tout d'abord, il va émerger une notion, connotée et pleine de sous entendue : celle des juges rouges, couleur dominante du drapeau de l'ancienne URSS et traditionnellement attribuée aux partis de gauche, mouvements de luttes ouvriers et révolutionnaires.

Ce terme est le surnom du magistrat Jacques Bidalou, prenant et mettant en avant ses idéaux politiques dans ses jugements et dans ses prises de positions publiques. Il fût révoqué²²²⁷ et vite réintégré par décret du Président Mitterrand au parquet²²²⁸, puis mis à la retraite d'office²²²⁹ pour des écrits outrageants et contestations des décisions contre les autorités judiciaires et sa hiérarchie, des refus d'exercice de ses fonctions, des déclarations à la radio sur des affaires en cours. Il donna naissance à l'expression « juges rouges »²²³⁰ synonyme de la politisation à outrance des magistrats rattachée au syndicalisme. D'autres magistrats²²³¹ vont être qualifiés de juge rouge, à l'occasion d'affaires particulières, pour leur partialité politique et conflits de valeurs²²³².

²²²⁶ « Cette séduction fut surtout effective à l'égard de l'« avant-garde de la classe dominante ». Celle-ci pouvait comprendre de fortes personnalités ayant une très haute idée de ce que devait être la magistrature et de sa nécessaire indépendance par rapport au pouvoir politique. Casamayor, chroniqueur de la revue Esprit et auteur de nombreux ouvrages sur la justice, fut certainement de ceux-là. Mais il ne fut pas le seul. Plusieurs hommes de gauche, attirés initialement par d'autres carrières, comme E. Bloch, (mais « tombé » dans la magistrature comme il l'exprime lui-même), ont été les premiers à rejoindre le syndicat. », A. DEVILLE, « L'entrée du syndicat de la magistrature dans le champ juridique en 1968 ». In: *Droit et société*, n°22, 1992, p. 656.

²²²⁷ CSM-siège, S044, 8 février 1981.

²²²⁸ Décret de 26 août 1981, JORF du 28 août 1981.

²²²⁹ CSM-parquet, P012, 15 mai 1987.

²²³⁰ V par ex. : J-C. FARCY, Du « bon juge » aux « juges rouges » : les juges contestataire », Conférence filmée le 15 novembre 2018 dans le cadre de la deuxième saison du cycle de conférences « Sur la sellette, une histoire de la justice à Paris » proposé aux Archives de Paris en partenariat avec le Comité d'histoire de la Ville de Paris.

²²³¹ M. ROBERT, « Le fait syndical dans la magistrature française », *Déviance et société*. 1978 - Vol. 2 - N°4, p. 398.

²²³² Un directeur d'usine, Jean Chapron, est placé en détention provisoire par le juge d'instruction, Patrice de Charrette de la Contrie. Rapidement remis en liberté après intervention du garde des sceaux et la réunion en urgence de la Chambre de l'instruction. Son action fût questionnée sous l'angle politique. Le prévenu aurait été mis en détention parce qu'il était directeur. V. J-P. ROYER, « Des magistrats et des avocats s'expriment : l'éclosion syndicale », *Les Cahiers de la Justice, Dalloz*, 2016/3 N° 3, p. 410. , « Les polémiques autour de la décision de M. de Charette prennent un tour politique. L'idéologie d'un juge », *Le Monde*, 04 octobre 1975.

Une autre affaire dite du « juge Pascal » portait sur l'inculpation et la mise en détention d'un notaire pour le meurtre d'une adolescente de 16 ans, fille d'ouvrier. Il fut très vite innocenté car il était seulement inculpé en raison de son statut. Le magistrat, membre du Syndicat de la magistrature, qualifié de « petit juge », dans le sens d'un juge sans grand pouvoir s'opposant à ceux qui en ont, était soutenu par des grands intellectuels de gauche comme Jean-Paul Sartre dans son action « contre les puissants » ; V. J-P. ROYER, « Des magistrats et des avocats s'expriment : l'éclosion syndicale », *Les Cahiers de la Justice, Dalloz*, 2016/3 N° 3, p. 410. J. BUOB, « Bruay-en-Artois : le premier "petit juge" », *Le Monde*, 20 juillet 2006.

Partant de quelques magistrats à travers de quelques affaires médiatiques, c'est l'ensemble du Syndicat qui subit la critique de la politisation ; remettant ainsi en cause son indépendance. Jean Foyer, garde des sceaux entre 1962 et 1967 du Gouvernement gaulliste dirigé par Georges Pompidou, déclare au Figaro que « le Syndicat de la magistrature est une organisation subversive gauchiste à la conquête du pouvoir au sein du corps judiciaire »²²³³. Il reproche aussi au Syndicat de noyauter l'École nationale de la magistrature pour la transformer en École pour juge rouge et les tribunaux pour étendre son audience pour faire sa propagande²²³⁴. L'ancien garde des sceaux fût poursuivi et définitivement relaxé du chef de diffamation à l'encontre du Syndicat de la magistrature. La Cour de cassation estima alors que « la légitimité du but poursuivi par celui-ci qui a entendu exprimer, en sa qualité de parlementaire et d'ancien garde des sceaux, son opinion sur le sujet d'intérêt public qu'est le fonctionnement des institutions judiciaires »²²³⁵. Cette politisation lourdement critiquée dans les années 70 prit un tournant au début des années 1980, plus précisément en 1981.

Qualifiée de subversive en 1975 par un membre éminent du pouvoir politique de droite des années 70, le Syndicat sera apprécié différemment à partir de l'élection de François Mitterrand, premier Président de la Cinquième République de gauche. Bien que le statut de magistrat soit incompatible avec des mandats politiques électifs, un débauchage massif des cadres du Syndicat après l'élection eu lieu. Au sein des cabinets du ministère de la Justice et d'autres ministères dits sociaux, 19 magistrats furent nommés dont 12 appartenant au Syndicat de la magistrature, étant parmi les plus contestataires²²³⁶.

Ces quelques magistrats débauchés par les cabinets laissent planer l'ombre d'un doute sur l'impartialité. Entre l'extrême subversivité dénoncée et l'acquisition de postes politiques grâce à une expérience syndicale tout à fait légitime, un trouble est jeté sur ces magistrats, sur le Syndicat et par ricochet la magistrature sur son impartialité. Ce lien entre politique et magistrature interroge à tout le moins.

Pour s'éviter pareille situation, l'Union syndicale de la magistrature précise, avant même d'évoquer son objet ou sa structure, que « ce syndicat est spécifique ; il est autonome et

²²³³ J-P. ROYER, « Des magistrats et des avocats s'expriment : l'éclosion syndicale », *Les Cahiers de la Justice, Dalloz*, 2016/3 N° 3, p. 411.

²²³⁴ Propos tenus dans le journal le Figaro en date du 3 octobre 1975 repris dans l'arrêt de la Cour de cassation relatif à la poursuite de Jean Foyer par le Syndicat pour diffamation ; in. Cass. crim. 23 mars 1978, n°77-90339, publié au bulletin.

²²³⁵ Cass. crim. 23 mars 1978, n°77-90339, publié au bulletin.

²²³⁶ A. DEVILLE, « Le syndicat de la magistrature en France (1968-1988). Interprétation de la construction d'une action collective », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1993/2 Volume 31, p. 59.

s'interdit tout engagement politique »²²³⁷. Cette précision statutaire démontre les difficultés rencontrées par le Syndicat de la magistrature sur la question politique. En le précisant explicitement, l'Union syndicale de la magistrature s'en prémunit, en rejetant d'emblée la critique de la politisation. S'érigeant comme la seule organisation syndicale non partisane²²³⁸, l'USM fait de l'apolitisme un de ses piliers.

La politisation avérée ou supposée de quelques magistrats ou de l'ensemble d'un syndicat amène à s'interroger sur les convictions politiques des magistrats à l'aune de l'impartialité nécessaire. Invoquer la politisation est le biais utilisé pour discréditer le Syndicat et ses magistrats adhérents. Elle est considérée comme une dérive de la pratique du syndicalisme²²³⁹. La politisation du magistrat, en tant que critique, est le phénomène selon lequel ses convictions politiques dictent sa réflexion, rompant son impartialité. L'exemple des juges rouges en est le reflet. Le juge d'instruction poursuit le prévenu pour ce qu'il est, un directeur d'usine, selon ses convictions politiques. Il est placé en détention provisoire parce que riche, puissant et patron. Au-delà de ces exemples éloquentes de politisation, cette critique élargie à un ensemble de magistrat, à un syndicat ou la magistrature en son ensemble est plus délicate. Le syndicalisme est encadré par l'impartialité²²⁴⁰, prohibant l'exemple des juges rouges, dont la conduite devenue partielle était dictée par leur conviction politique. La neutralité exigée par le devoir de réserve posée par l'ordonnance statutaire est au cœur du problème de la politisation²²⁴¹. La critique de la politisation vise en premier lieu les syndicats puis la magistrature pour la discréditer. D'un phénomène plus ou moins isolé, la suspicion en politisation et sa critique va contaminer toute la magistrature.

En raison de la dérive de la pratique, le principe en lui-même est fortement discuté. Tout d'abord, la question de la compatibilité²²⁴² du statut de magistrat avec le syndicalisme est posée. Dès 1975, un député déposait une proposition de loi visant le magistrat l'interdisant de toute prise de position politique. Une telle prise de position s'entend comme un manquement à son devoir de réserve, assimilant la magistrature à l'Armée²²⁴³. Un arrêt de la CEDH dispose que

²²³⁷ Art. 2, Statuts de l'Union syndicale de la magistrature.

²²³⁸ V. DUVAL, « Histoire et fondement de l'USM », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 433.

²²³⁹ D. VIRIOT-BARRIAL, « Le syndicalisme dans la magistrature judiciaire », *Droit social*, 2017, p. 522.

²²⁴⁰ B. MATHIEU, « De la nécessité d'encadrer l'activité syndicale des magistrats », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 395 – 403.

²²⁴¹ Art. 10, Ordonnance n°58-1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11556.

²²⁴² M. ROBERT, « Le fait syndical dans la magistrature française », *Déviance et société*. 1978 - Vol. 2 - N°4, p. 398.

²²⁴³ L. JOINET, *Le syndicalisme judiciaire et l'expérience du Syndicat de la Magistrature (SM) en France*, 10 juillet 2009.

des limitations de la syndicalisation des militaires au sein de l'armée peuvent intervenir en raison de leur statut, tout en prohibant son interdiction absolue²²⁴⁴. Le syndicalisme peut parfois être limité ou interdit selon la spécificité du corps²²⁴⁵. Il est à noter que le syndicalisme judiciaire prend appui sur les règles applicables aux fonctionnaires²²⁴⁶ pouvant accréditer les problèmes de compatibilité. Un rapport de 2003 évoque que le devoir de réserve réside dans l'abstention de toute manifestation d'opinion comme le militantisme syndical²²⁴⁷.

En 2014, suite à l'affaire du Syndicat de la magistrature et des écoutes téléphoniques de l'ancien Président Sarkozy, le député Eric Ciotti déposait une proposition de loi²²⁴⁸. Sous couvert de protéger l'impartialité, il relève la politisation de certains magistrats et propose purement et simplement d'interdire le syndicalisme²²⁴⁹ judiciaire afin de mieux garantir l'indépendance de la magistrature. À l'occasion de cette affaire, un échange riche s'est engagé entre ce député et les présidents des deux syndicats²²⁵⁰ synthétisant les tenants et aboutissants du syndicalisme et de son rapport au politique. Le député maintenait l'effet néfaste de la politisation des magistrats au travers des syndicats et son souhait de voir l'interdiction des syndicats de magistrats. La présidente du Syndicat de la magistrature, Madame Françoise Martes, estimait que son Syndicat était visé par cette critique de la politisation. Elle estime que la magistrature a été politisée pendant 150 ans sans que cela ne pose de problème au pouvoir politique ; sans que cela n'éveille une rupture du principe d'impartialité. La politisation, aperçue comme néfaste, est survenue quand les syndicats ont commencé à la dénoncer et à œuvrer pour l'indépendance²²⁵¹. Cet argument est un instrument du pouvoir politique ironiquement utilisé pour contester cette lutte pour l'indépendance. « Les juges rouges » sont la forme extrême de cette prise d'indépendance au détriment de l'impartialité par une prise de position politique. Le pouvoir politique utilise quelques exemples bien réels mais isolés pour créer un doute sur un groupe entier et par répercussion sur la magistrature. Le Président de l'USM, Monsieur Christophe Regnard,

²²⁴⁴ CEDH, 2 oct. 2014, Matelly c. France – 10609/10.

²²⁴⁵ J-P. MARGUENAUD, J. MOULY, « Les syndicats dans l'armée : une entrée au pas de charge ? », *JCP G*, n° 48, 24 Novembre 2014, p. 1228.

²²⁴⁶ « II. - Pour l'exercice de ce droit, les magistrats sont soumis aux dispositions législatives et réglementaires de droit commun applicables aux fonctionnaires, sous réserve du présent II. », Art. 10-1 II, Ordonnance n°58-1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11556.

²²⁴⁷ Rapport de la Commission « Cabannes » sur l'éthique dans la magistrature, novembre 2003, p. 19.

²²⁴⁸ Proposition de loi organique de M. Éric Ciotti relative à l'impartialité des magistrats, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 mai 2014, n° 1922.

²²⁴⁹ « Est interdite aux magistrats, de même que toute démonstration ou adhésion à une organisation de nature politique ou syndicale incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions. », *ibid.*

²²⁵⁰ « La place des syndicats dans la magistrature », *Constitutions*, 2014, p. 155.

²²⁵¹ *Ibid.*, p. 156.

condamne les affaires mêlant magistrats à la politique comme celle du mur des cons. Ils sont le fait d'une minorité d'un syndicat minoritaire. Elles ne justifient pas une mesure généralisée contre les syndicats et défend le syndicalisme et son modèle apolitique, pour éloigner le spectre de telles critiques²²⁵².

La politisation vue seulement comme un phénomène négatif est une erreur. Mis à part les cas extrême abordés précédemment, les magistrats sont tous politisés a minima. Tous les magistrats ont des convictions politiques au même titre que de convictions religieuses ou philosophiques comme reconnu par l'ordonnance de 1958²²⁵³.

L'impartialité ne saurait nier ou empêcher les multiples convictions des magistrats, dans les limites de son devoir de réserve. Néanmoins, elles sont bien présentes. La politisation en soit n'est pas un problème, elle le devient quand elle se transforme en « politique politicienne »²²⁵⁴, excédant les limites de l'impartialité. Le magistrat n'est « pas un robot, il est un être humain, un citoyen devant rechercher l'objectivité sans rien omettre de ce qui pourrait influencer sur sa décision finale »²²⁵⁵. Monsieur Christophe Regnard, président de l'USM dresse finement la ligne entre la politisation et la politique politicienne ; « L'impartialité n'exige pas du juge qu'il n'ait pas d'engagements politiques, syndicaux, religieux, associatifs, mais seulement qu'il en ait conscience et les tienne à distance dans l'acte de juger. C'est d'ailleurs tout le sens du recueil des obligations déontologiques des magistrats, rédigé par le Conseil supérieur de la magistrature »²²⁵⁶. La politisation n'est pas néfaste en soit, elle est même un notable progrès²²⁵⁷ ; ses excès oui.

Malgré toutes ces controverses et difficultés pesant sur les magistrats et leur syndicalisation, la magistrature est l'un des corps les plus syndiqués en France. Sur 8500 magistrats, 2200 sont adhérents de l'USM²²⁵⁸ et 1000 du SM²²⁵⁹ ; soit 38 % de magistrats syndiqués. À titre de comparaison, seuls 8.7% des salariés du privé et 19.8% pour les salariés de la fonction publique

²²⁵² *Ibid.*, p. 157 et s.

²²⁵³ Art. 7-2 III, Ord. stat.

²²⁵⁴ « La place des syndicats dans la magistrature », *Constitutions*, 2014, p. 155.

²²⁵⁵ J. LIBMANN, « La « politisation » des juges : une vieille histoire ? », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 51 – 52.

²²⁵⁶ « La place des syndicats dans la magistrature », *Constitutions*, 2014, p. 158.

²²⁵⁷ « Dans la mesure où l'orientation politique d'un juge traduit chez lui une prise de conscience des réalités économiques, sociales et affectives, elle constitue un progrès. », J. LIBMANN, « La « politisation » des juges : une vieille histoire ? », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 53.

²²⁵⁸ V. DUVAL, « Histoire et fondement de l'USM », *Les Cahiers de la Justice, Dalloz*, 2016/3 N° 3, p. 431.

²²⁵⁹ « Magistrature : moins de la moitié des juges sont syndiqués », *Le Point*, 03 juillet 2014.

sont syndiqués²²⁶⁰. Le syndicalisme est un phénomène majeur concernant une frange importante de la magistrature, renforçant d'autant son objectif d'indépendance.

L'USM et le SM sont les deux syndicats majeurs en France et les seuls représentatifs avec Unité magistrat SNM-FO (UM)²²⁶¹. Aux dernières élections de la commission d'avancement pour les Cours, l'USM recueillait en moyenne 65.1% des voix, le SM 26.5% et l'UM 8.3%²²⁶². Concernant l'élection au CSM, seuls l'USM et le SM sont représentés²²⁶³.

Cette large majorité de l'USM à ces différentes élections devient pour elle un argument d'autorité. Elle prend le soin de rappeler sa majorité, assez souvent et au tout début²²⁶⁴, dans ses communications pour s'assurer de la force de ces dernières. En sous texte, elle redit que sa voix compte et même plus que celle des autres syndicats représentatifs.

Au-delà de ces trois syndicats, d'autres groupements gravitent autour. L'Association professionnelle des magistrats, créée en 1981 puis mise en sommeil entre 2002 et 2012 est un exemple d'association où la politique joue un rôle central. Classée à droite, il s'est construit en opposition aux deux autres syndicats, qu'il qualifie de gauche, et à la Politique pénale de Monsieur Robert Badinter, garde des sceaux de François Mitterrand. Il s'est réveillé pour s'opposer à la Politique pénale de Madame Christiane Taubira, garde des sceaux socialiste du Président Hollande²²⁶⁵.

Selon les termes de la déclaration faite lors de son renouveau en 2012, l'APM se pose en opposition à « un mauvais remake » pour s'opposer « au retour du refoulé soixante-huitard dans le subconscient bobo »²²⁶⁶. Les dates de création et de refondation ne sont pas dues au hasard. Les termes invoqués tout au long du discours ne laissent pas de doute sur les penchants

²²⁶⁰ « La syndicalisation en France », DARES Analyse, mai 2016 n°25, Ministère du travail, p. 3.

²²⁶¹ « Sont considérées comme représentatives, au sens de l'article 27-1, les organisations syndicales de magistrats ayant obtenu au moins un siège à la commission d'avancement prévue à l'article 34 parmi les sièges attribués aux magistrats des cours et tribunaux ou ayant obtenu un taux minimal, fixé par le décret en Conseil d'Etat mentionné au III du présent article, de suffrages exprimés lors de l'élection du collège mentionné à l'article 13-1. », Art. 12-2, Ordonnance n°58-1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11556.

²²⁶² Sur 102 sièges, 80 sont pour l'USM, 21 pour le SM et un seul pour l'UM. Des chiffres relativement similaires sont relevés pour les tribunaux attribuant respectivement 216 sièges, 84 et 14 pour un total de 314, Résultats Commission d'avancement 2019, Ministère de la Justice.

²²⁶³ L'USM obtient au total 71.66% des voix, le SM 28.33%, et l'UM n'a obtenu aucune voix ; Résultats des élections au Conseil supérieur de la magistrature 2018.

²²⁶⁴ Par ex. : « L'Union Syndicale des Magistrats est le syndicat le plus représentatif des magistrats de l'ordre judiciaire (64% des voix aux élections à la commission d'avancement en 2019). », in. Observations de l'USM sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, 11 février 2020 ou Audition de l'USM par la mission d'information de l'Assemblée Nationale sur l'aide sociale à l'enfance, 16 mai 2019.

²²⁶⁵ J-P. ROYER, « Des magistrats et des avocats s'expriment : l'éclosion syndicale », *Les Cahiers de la Justice, Dalloz*, 2016/3 N° 3, p. 414.

²²⁶⁶ Association Professionnelle des Magistrats - Déclaration de la nouvelle APM, 2012.

politiques de cette association. Autre exemple, l'Association des jeunes magistrats, créée en 2007 à la suite de l'affaire Outreau, répond selon elle à un besoin d'expression des jeunes magistrats face aux défis de la magistrature. Elle pose son apolitisme en règle face à des syndicats « portant plus ou moins une couleur politique »²²⁶⁷. Elle se définit comme une association de réflexion et d'information sur la justice rejetant l'aspect politique²²⁶⁸. L'une de ses missions est le « savoir être magistrat qui passe par l'apprentissage de l'indépendance à l'égard de l'exécutif [...] et plus largement des pressions extérieures et intérieures »²²⁶⁹.

Qu'ils soient politisés ou non, les syndicats ont un but commun, la recherche de l'indépendance de la magistrature. Pour parvenir à ce but, ils emploient divers moyens pour exprimer leurs idées. En prenant les exemples des deux principaux syndicats de la magistrature, ils utilisent des moyens d'expressions équivalents ; qui parfois se rejoignent dans une expression commune. Ils vont s'opposer, si nécessaire, au pouvoir politique.

L'action du syndicalisme est tournée dans son émancipation du pouvoir politique. L'expression syndicale passe par l'édition de revues. Le Syndicat de la magistrature a créé dès 1969 une revue appelée « Justice ». Après son arrêt en 2006, une nouvelle revue « Délibérée » a vu le jour en juin 2017 avec un numéro sur le thème « Peut-on critiquer la justice ? ». De son côté, l'UFM lança dès 1946 une revue, au titre évocateur, « le pouvoir Judiciaire », renommée le « Nouveau Pouvoir Judiciaire » à partir de 1975 et son passage à la forme syndicale. Ils sont les premiers outils de communications des syndicats, par une réflexion propre de la magistrature²²⁷⁰. D'autres publications plus professionnelles, à destinations des magistrats, sur la rémunération, la déontologie, la formation, la carrière ou la retraite par ne citer que ces quelques aspects au sein d'un seul document est élaboré par l'USM²²⁷¹. Le Syndicat de la magistrature fait de même²²⁷². Elles rentrent dans le rôle préventif des syndicats de protection des magistrats et de leurs droits, au cœur de son intérêt à agir²²⁷³.

²²⁶⁷ Vade-Mecum de l'AJM, Conseil d'administration de l'AJM, 1^{er} juin 2007.

²²⁶⁸ « ARTICLE 2 : Objet. Cette association a pour objet d'agir pour une Justice de qualité autour de quatre pôles d'action : Une veille sur la formation dispensée à l'Ecole Nationale de la Magistrature ; Un accompagnement des Jeunes Magistrats sortant de l'Ecole de la Magistrature ; Une réflexion et des débats autour des pratiques quotidiennes et des réformes de la Justice ; Une communication et une éducation civique sur la Justice. Cette association n'est affiliée à aucun syndicat ni parti politique. », Statuts de l'AJM, 23 juin 2007.

²²⁶⁹ V. LEPEU, P. HUBERN, « L'Association des jeunes magistrats ou comment construire son indépendance », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 460.

²²⁷⁰ V. DUVAL, « Histoire et fondement de l'USM », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 437.

²²⁷¹ *Magistrats : vos droits*, Union syndicale de la magistrature, 4^e éd., 2019, 340 p.

²²⁷² *Guide des droits du magistrat*, Syndicat de la magistrature, éd. 2013, 188 p.

²²⁷³ « Un syndicat de magistrats judiciaires n'a pas intérêt pour agir à l'encontre de certaines dispositions d'un décret relatif à l'interdiction de sortie du territoire des ressortissants français projetant de participer à des activités

L'expression syndicale passe également sur l'actualité concernant le monde de la justice. La grève étant interdite aux magistrats²²⁷⁴, elle peut prendre la forme de discours, de communiqués, de documents techniques, d'auditions devant les Commissions parlementaires ou le soutien et la participation à des manifestations. C'est à travers cette expression que l'indépendance au pouvoir politique se fait ressentir le plus fortement.

Dès l'origine, les syndicats se sont opposés au pouvoir par le prisme des réformes juridiques. La première opposition majeure contre le pouvoir politique eu lieu pour le Syndicat de la magistrature avec le projet de réforme, non moins majeur, « Sécurité et liberté » de 1975²²⁷⁵ « élaboré secrètement avant son dépôt sans consultations des juridictions » qui justifie à elle seule l'existence d'un syndicat²²⁷⁶ pour s'y opposer et faire entendre les magistrats à son sujet. Elle en peut et ne doit pas rester « atone et aphone »²²⁷⁷. Elle est devenue une voix importante qui doit être écoutée. Par le biais des syndicats, les magistrats sont devenus un acteur indépendant dans la réflexion des réformes, dans la concertation, de leur efficacité²²⁷⁸. Elle se veut être une parole experte et non politique.

Des exemples récents permettent d'apprécier plus concrètement la voix syndicale. À l'occasion du projet de réforme du pourvoi en cassation menée en 2019, les syndicats ont eu une place à part entière dans le processus de réflexion. La commission en charge d'élaborer ce projet²²⁷⁹ a entendu les représentants des trois syndicats représentatifs tout comme des universitaires, des membres du Conseil d'État ou des syndicats d'avocats²²⁸⁰. Sur ce projet spécifique, l'USM et

terroristes à l'étranger dès lors qu'un tel texte n'affecte ni les conditions d'emploi et de travail des magistrats ni leurs droits et prérogatives », CE, 10e et 9e ss-sect., « Syndicat de la magistrature », 27 mai 2015, n° 3887, Comm. S. DEYGAS, « L'intérêt pour agir d'un syndicat de magistrats », *Procédures* n° 8-9, Août 2015, comm. 281.

²²⁷⁴ « Est également interdite toute action concertée de nature à arrêter ou entraver le fonctionnement des juridictions. », Art. 10, Ordonnance n°58-1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11556. Le droit de grève peut être limité ou interdit du fait de la nécessité du service public et la sauvegarde de l'ordre public et de l'autorité de l'État, CE, ass., « Dehaene », 7 juillet 1950. L'article 10 s'inscrit dans les rares interdictions du droit de grève pour un corps en particulier en compagnie de l'armée.

²²⁷⁵ Projet portant sur la récidive, les circonstances atténuantes, causes d'aggravations de la peine, sur les infractions ou la procédure pénale finalement adopté, Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, JORF n°0028 du 3 février 1981, p. 415.

²²⁷⁶ P. LYON-CAEN, « L'expérience du Syndicat de la magistrature. Témoignage », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 56.

²²⁷⁷ *Ibid.*, p. 57.

²²⁷⁸ V. DUVAL, « Histoire et fondement de l'USM », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 434.

²²⁷⁹ Rapport « Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile », Direction des affaires civiles et du Sceau, Ministère de la justice, 7 novembre 2019, 16 p.

²²⁸⁰ *Ibid.*, p. 26

le SM ont rendu une note écrite à la suite de son audition pour expliciter son avis juridique sur le projet²²⁸¹.

Les syndicats s'expriment aussi plus spontanément, sans invitations ou convocations, sur l'actualité touchant le monde judiciaire. Même si le projet de réforme des retraites engagé sous la Présidence Macron²²⁸² ne vise pas les magistrats, les syndicats sont intervenus diversement. L'USM et le SM ont soutenu les avocats dans leur constat d'une justice à bout de souffle²²⁸³. Le premier regrette la méthode qui aggrave la situation de la magistrature²²⁸⁴. Le second s'oppose à l'USM sur sa position et soutient la grève en appelant les magistrats à accepter les demandes de renvois formulées par les avocats, allant à l'encontre des demandes de la Chancellerie à ce sujet²²⁸⁵. Sur d'autres points, les deux syndicats majeurs peuvent réagir à travers une position commune en s'exprimant d'une seule voix avec l'exemple des problématiques polonaises sur l'indépendance²²⁸⁶ ou sur la création d'une journée nationale pour la Justice avec l'ensemble des syndicats de magistrats, d'avocats et des fonctionnaires de justice²²⁸⁷. Ils peuvent aussi se rejoindre, par une expression séparée sur l'appréciation du projet « Thiriez » commandé par le Gouvernement²²⁸⁸ jugé « inégal et inadapté » ou dénotant « la dénaturation de l'Institution judiciaire »²²⁸⁹. Les exemples pourraient être déclinés à l'infini mais ils témoignent d'une expression libre et indépendante des syndicats qui peuvent tantôt s'opposer, tantôt se rejoindre et n'hésitant pas à s'opposer ou critiquer l'action du pouvoir

²²⁸¹ Audition de l'USM par la commission Nallet sur la réforme du pourvoi en cassation, USM, 14 mars 2019, 9 p. ; Observations devant le groupe de travail sur le pourvoi en cassation, SM, 21 mars 2019, 9 p.

²²⁸² Projet de loi instituant un système universel de retraite, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale 24 janvier 2020, Assemblée nationale, n° 2623 rectifié.

²²⁸³ Communiqué de presse de l'USM sur le mouvement des avocats, Communiqué USM, 13 février 2020. ; Communiqué commun d'appel à la grève le 17 décembre, Syndicat de la magistrature, 14 décembre 2019.

²²⁸⁴ Les actions mises en œuvre par les avocats confirment cette fragilité et aggravent considérablement les difficultés des juridictions, au détriment des justiciables et de la qualité de la justice : augmentation du temps de traitement des affaires, surcharge des audiences en raison des nombreux renvois, risques de remise en liberté de personnes dangereuses. Les procédures qui imposent la présence des avocats sont paralysées : comparutions immédiates, délinquance des mineurs, plaider coupable... Cette situation, déjà obérée par des réformes successives d'ampleur et sans moyens suffisants, est intenable pour les juridictions et éprouvante pour les magistrats et fonctionnaires. Les greffes, dont les effectifs sont notoirement insuffisants, sont au bord de l'implosion. L'USM appelle donc les magistrats à refuser les audiences tardives et la création de nouvelles audiences. », Communiqué de presse de l'USM sur le mouvement des avocats, Communiqué USM, 13 février 2020.

²²⁸⁵ L'heure est grève, Communiqué SM, 10 janvier 2020.

²²⁸⁶ Lettre ouverte de l'Union Syndicale des Magistrats (USM) et du Syndicat de la Magistrature (SM) aux magistrats polonais, 16 janvier 2020.

²²⁸⁷ Justice à bout de souffle : Magistrats, avocats, fonctionnaires de justice lancent la première journée nationale pour la justice, 26 février 2020.

²²⁸⁸ *Mission Haute Fonction Publique « Pour une haute fonction publique plus agile, plus attractive et plus représentative »*, Rapport Thiriez, 30 janvier 2020, 96 p.

²²⁸⁹ Observations de l'USM sur les projets de formation commune avec la haute fonction publique et de réforme des recrutements, USM, 7 janvier 2020, 5 p. ; RAPPORT THIRIEZ : de la disruption à l'évaporation, SM, 6 mars 2020.

politique. Ils ont des sensibilités politiques différentes donnant un paysage syndical contrasté²²⁹⁰.

Le fait syndical pour l'indépendance, la défense des magistrats et la réflexion sur la magistrature peut s'apparenter à « David avec sa fronde [...] qui part pour un long combat à l'issue incertaine »²²⁹¹ contre le pouvoir politique. Cependant, depuis les années 70, les magistrats représentés par le Syndicat de la magistrature, ne sont plus seuls. La recommandation de 2012 prévoit la liberté syndicale judiciaire²²⁹², les autres pays de la CEDH reconnaissent ce droit et disposent de tels groupements pour défendre l'indépendance²²⁹³. Ces organisations se regroupent au niveau mondial avec l'Union Internationale des Magistrats²²⁹⁴ et européen ; avec l'Association européenne des magistrats (AEM) à laquelle l'USM est membre²²⁹⁵ ou l'association « Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés » (MEDEL) dont le SM est membre²²⁹⁶. Ce maillage d'association ou syndicat prônant et luttant pour l'indépendance participe à la diplomatie judiciaire²²⁹⁷. Ces regroupements d'associations de magistrats jouent un rôle capital au niveau global et bénéficiant de la force de ces regroupements au niveau local. Derrière le syndicalisme français défendant l'indépendant, il existe l'appui de structures transnationales l'aidant à cette tâche. Pour ces regroupements transnationaux,

²²⁹⁰ J. de MAILLARD, « Syndicalisme et justice : vieille lune ou idée neuve ? », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 443.

²²⁹¹ P. LYON-CAEN, « L'expérience du Syndicat de la magistrature. Témoignage », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 69.

²²⁹² « Les juges devraient être libres de créer et d'adhérer aux organisations professionnelles ayant pour objectifs de garantir leur indépendance, de protéger leurs intérêts et de promouvoir l'Etat de droit », Paragraphe 25, Recommandation CM/Rec(2010)12, Comité des ministres aux États membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, adoptée par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010, lors de la 1098^e réunion des Délégués des Ministres, Conseil de l'Europe.

²²⁹³ E. ALT, « Les organisations de magistrats en Europe : une histoire politique », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 465 – 475.

²²⁹⁴ « 1. Les buts de l'Union sont les suivants: a) sauvegarder l'indépendance du Pouvoir Judiciaire, condition essentielle de la fonction juridictionnelle et garantie des droits et libertés humains », Statuts de l'UIM, créée en 1953, Novembre 2003.

²²⁹⁵ « 1. L'objet de l'Association Européenne des Magistrats est de promouvoir les buts de l'Association Internationale des Magistrats, là où ils peuvent se réaliser le mieux dans un contexte européen. L'Association Européenne des Magistrats vise à promouvoir une coopération européenne plus étroite dans tous les domaines se rapportant aux pouvoirs judiciaires des états membres et aux pouvoirs judiciaires internationaux et supranationaux, en ne dépassant pas le niveau européen. L'Association s'efforce particulièrement à a) renforcer et soutenir l'autorité de la loi ainsi que l'indépendance et l'impartialité judiciaires en Europe et dans tous les états membres » Art. 2, Statuts de l'AEM, 1992.

²²⁹⁶ « La mise en place d'un débat commun entre magistrats de différents pays à soutenir l'intégration de la Communauté européenne, en vue de la création d'une union politique européenne; 2. La défense de l'indépendance du pouvoir judiciaire face à tous les autres le pouvoir ainsi que des intérêts spécifiques » Art. 2, Statuts du MEDEL, 1985.

²²⁹⁷ V. E. ALT, « Les organisations de magistrats en Europe : une histoire politique », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 473.

l'indépendance est menacée et ils ont fait du 23 mai la journée internationale d'alerte pour l'indépendance des juges²²⁹⁸

Cette voie ouverte dans l'expression personnelle des magistrats à travers le fait syndical à partir des années 70 fût un premier pas décisif dans la progression de l'indépendance de la magistrature et la remise en cause du modèle d'autorité judiciaire. Elle permit surtout l'émergence de la communication institutionnelle. Le syndicalisme est l'expression des magistrats détachée et possiblement en opposition au pouvoir politique. La communication institutionnelle est l'expression de la magistrature, par le biais d'un magistrat ou l'institution directement, détachée et possiblement en opposition aussi au pouvoir politique, achevant le modèle d'autorité judiciaire pour la magistrature française.

II : La communication institutionnelle comme moyen d'affirmation de l'indépendance.

La communication est le fait de transmettre le résultat de quelque chose à quelqu'un, elle a pour but de faire savoir et faire connaître²²⁹⁹. Pour la magistrature, ce quelque chose est l'affirmation de son indépendance. Cette affirmation est à destination de deux entités ; les justiciables et le pouvoir politique. La communication institutionnelle poursuit alors un double objectif ; elle doit renseigner les justiciables sur le fonctionnement indépendant de la justice pour restaurer la confiance nécessaire et faire savoir au pouvoir politique qu'elle peut se défendre quand elle est attaquée pour lui rappeler son indépendance. La réflexion autour et l'exercice de ce premier objectif va permettre à la magistrature d'assurer le second. Il ne sera alors traité, à l'aune de la communication institutionnelle, que de la communication externe de la magistrature.

Cette communication institutionnelle est de prime abord conçue pour assurer le premier de ces deux objectifs. Bien loin de laisser les magistrats désarmés pour communiquer, cette question est abordée dès la formation à l'École nationale de la magistrature.

Prévue au sein de la formation initiale à l'ENM, la communication institutionnelle est comprise dans le pôle « Communication judiciaire » formalisé en 2008 avec la réforme de l'ENM²³⁰⁰. Ce pôle vise principalement dans l'apprentissage de l'approche de la communication entre le

²²⁹⁸ Cette date est en hommage au juge italien Giovanni Falcone assassiné par la Mafia le 23 mai 1992 ; 23rd of May - Alert Day for the Independence of Justice, MEDEL, 23 mai 2020.

²²⁹⁹ Définition du verbe « communiquer », Dictionnaire de l'Académie Française, 9^{ème} édition.

²³⁰⁰ Décret du 31 décembre 2008, JORF du 1^{er} janvier 2009, p. 70.

magistrat et le justiciable²³⁰¹. La communication institutionnelle est abordée comme un sous-thème de formation avec la médiatisation d'un dossier dans la communication avec les médias. Cette formation est pensée en direction des justiciables. Elle porte sur la communication de l'action de la magistrature pour se faire entendre et comprendre de ces derniers.

L'enseignement de la communication avec les médias, et donc de la communication institutionnelle se fait principalement et explicitement dans le cadre de la période de formation spécifique aux premières fonctions du parquet²³⁰².

La formation continue contient un module spécifique à la communication judiciaire dit « COMA ». Il renvoie à diverses formations sur la communication. Les programmes 2019 et 2020 de formation continue prévoient une formation « COMA01 » appelée « Parquet et stratégies de communication face aux médias » puis « Parquet et stratégie de communication » pour 2020 sur deux jours pour 21 magistrats²³⁰³. Cette formation pose les enjeux de la communication institutionnelle et le but de sa tenue. L'ENM estime que la communication est un enjeu de légitimité de l'action de la politique pénale pour le parquet²³⁰⁴, les magistrats devant alors apprivoiser les médias et leur environnement pour communiquer au mieux sur les affaires qui le nécessitent²³⁰⁵. Cette formation est uniquement ouverte aux magistrats du parquet et est pensée pour eux, à travers l'exercice de leurs missions. D'autres formations continues en matière de communication judiciaire sont proposées par l'ENM en complément. Les « COMA » 02²³⁰⁶, 03²³⁰⁷ et 04²³⁰⁸ approfondissent les principes de la formation et les enjeux

²³⁰¹ « - Les techniques d'entretien : les techniques d'audition de l'enfant, les techniques d'entretien de l'adulte en procédure pénale, les techniques d'entretien avec des personnes vulnérables.

-Les situations d'audience publiques ou de cabinet, la transcription des actes du juge d'instruction, la tenue de l'audience correctionnelle, les simulations d'audiences civiles et pénales, la gestion des émotions. », Programme pédagogique de l'ENM, 2020, p. 34.

²³⁰² *Ibid.*

²³⁰³ Fiche formation continue ENM, programme de la formation continue 2019 et 2020.

²³⁰⁴ « Critère d'identification par l'opinion publique, d'évaluation et parfois même de légitimité de sa politique pénale pour les médias, la maîtrise de la communication judiciaire est devenue un des enjeux du métier de Procureur. Face à cette exigence qualitative à laquelle le Parquet doit répondre par l'équilibre et le professionnalisme de sa communication judiciaire, cette session permettra de mieux connaître l'univers des médias et de réfléchir aux stratégies mises en œuvre ou à mettre en œuvre par les Parquets dans leur positionnement face aux médias. », Fiche formation continue « Parquet et stratégies de Communication », ENM, 2020.

²³⁰⁵ « Communication institutionnelle sur la politique pénale, gestion de l'événementiel, traitement de l'ordinaire médiatique, communication judiciaire dans le cadre d'affaires sensibles ou atypiques, relations avec les médias locaux ou nationaux seront autant de thèmes abordés au cours de cette session, construite autour d'exposés-débats, de tables-rondes et d'échanges libres entre participants. », *ibid.*

²³⁰⁶ Gérer et communiquer en situation de crise, COMA02 - Communication judiciaire, 2019.

²³⁰⁷ Penser la relation justice-presse, COMA03 - Communication judiciaire, 2020.

²³⁰⁸ Gestion judiciaire de la crise, COMA04 - Communication judiciaire, 2020.

posés par le COMA01. Le module sur la gestion de situation de crise révèle la nécessité de concilier la délivrance d'un message clair à travers les médias dans un moment particulier²³⁰⁹.

La formation initiale ou continue en matière de communication institutionnelle vise prioritairement le parquet pour qu'il puisse remplir au mieux une mission particulière. La réforme issue de la loi du 15 juin 2000²³¹⁰ introduit une exception à l'article 11 du Code de procédure pénale. Siège du secret de l'enquête et de l'instruction opposable à tous les magistrats, le procureur de la République peut s'en affranchir en cas de nécessité et dans des situations particulières²³¹¹. Cette pratique de la « fenêtre de publicité »²³¹² comme une brèche dans un principe aussi fondamental doit s'accompagner de garanties. La formation des parquetiers à cette mission si spéciale en est une²³¹³. Les règles déontologiques se sont aussi emparées de cette exception pour y dresser des limites et encadrer une telle expression. La communication institutionnelle s'inscrit dans les règles relatives à la réserve et à la discrétion du magistrat « veillant à préserver l'image de la justice »²³¹⁴. Le magistrat exerçant cette communication doit veiller à être le plus impartial, sans apporter son appréciation et à être le plus objectif possible sans dénigrer l'institution ou ses collègues ; dans l'unique et seul intérêt de la justice et de sa compréhension »²³¹⁵. À travers ses règles et ses formations, le magistrat s'entraîne et doit adopter un discours particulier dans sa communication aux médias. Comme son nom le définit le média est « un moyen de communication servant à transmettre et à diffuser des informations »²³¹⁶. La communication, arme de conquête d'indépendance pour la

²³⁰⁹ Les relations avec les médias sont aujourd'hui incontournables et les magistrats peuvent y être confrontés à la faveur d'une communication nécessaire sur une affaire sensible ou en situation de crise.

Sur la base d'exercices concrets, l'objectif de ces deux journées est de donner aux participants des outils pour : - S'approprier les méthodes et concepts de la communication de crise, -Anticiper et bâtir une stratégie de communication médiatique, -Préparer l'interview et le débat radio ou TV, -Parler face aux médias, déjouer les pièges de l'interview, acquérir les premiers réflexes afin d'éviter toute déstabilisation, et renforcer sa capacité à délivrer un message clair et percutant. », *Gérer et communiquer en situation de crise, COMA02 - Communication judiciaire*, 2019.

²³¹⁰ Art. 96-I, loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038.

²³¹¹ « Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause. », Art. 11 al. 3, C. pr. pén.

²³¹² Décision QPC n° 2017-693 du 2 mars 2018, *Association de la presse judiciaire - Présence de journalistes au cours d'une perquisition*, JORF n°0052 du 3 mars 2018 texte n° 54, Commentaire, p. 5.

²³¹³ J. PRADEL, « La communication judiciaire des affaires criminelles- Une pratique conforme à la loi, mais source de bien des difficultés », *D.*, 2019, p. 1945.

²³¹⁴ Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 2019, p. 61.

²³¹⁵ *Ibid.*, p. 60 et s.

²³¹⁶ Dictionnaire de l'Académie Française, 9^{ème} édition.

magistrature, doit se concilier avec les impératifs inhérents aux magistrats. Ils ne peuvent pas tout communiquer, n'importe comment.

Parler au média n'est pas le but du magistrat, il n'est qu'un intermédiaire. La communication est à destination du public pour que l'institution s'explique sur une affaire particulière, par l'article 11 du Code de procédure pénale. L'objectif d'éviter « la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public » est à destination du grand public pour lui expliquer ou préciser des points pouvant poser un problème. Cette communication permet alors d'établir un lien pour rétablir « la confiance du public »²³¹⁷.

Outre cette dérogation au secret de l'enquête et de l'instruction, la communication institutionnelle s'est élargie en se détachant de la simple communication du parquet comme enseignée à l'ENM.

La multiplication des modes de communications, au-delà des médias traditionnels, a permis la multiplication des communications institutionnelles en dehors de celles à l'occasion d'une procédure particulière. Elle s'est démultipliée et largement diversifiée. Si tant est que la communication syndicale passait par deux vecteurs principaux pour la défense de l'indépendance et des magistrats, la communication institutionnelle passe par bien d'autres voies.

Une réflexion a émergé à ce sujet, au niveau européen, à partir de 1999²³¹⁸. Un avis du Conseil Consultatif de juges européens (CCJE), à l'aune de la relation entre la justice et la société, exprime l'idée du rôle éducatif des justiciables par les tribunaux dans une démocratie²³¹⁹. Il incombe aux tribunaux de fournir un « effort d'ouverture des institutions judiciaires passant d'abord par des mesures générales d'information du public sur le fonctionnement des tribunaux »²³²⁰. Ils doivent être facilitateurs et promoteurs de la communication institutionnelle auprès des justiciables. Ils doivent améliorer les rapports avec les médias et par ricochet avec le public.

²³¹⁷ Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 2019, p. 61.

²³¹⁸ « La prise en compte des acquis du Conseil de l'Europe, ainsi que des résultats de la 5^e réunion des Présidents des Cours suprêmes européennes sur « La Cour suprême : publicité, visibilité et transparence » (Ljubljana, 6-8 octobre 1999), de la Conférence des Présidents des associations de juges sur « La justice et la société » (Vilnius, 13-14 décembre 1999) et de la Conférence ministérielle européenne sur la politique des communications de masse (Kyiv, Ukraine, 10-11 mars 2005) », in. Avis n° 7 (2005), Conseil consultatif de juges européens (CCJE), à l'attention du comité des ministres du conseil de l'Europe sur « justice et société », adopté par le CCJE lors de sa 6^e réunion, Strasbourg, 23-25 novembre 2005, p. 2.

²³¹⁹ Avis n° 7 (2005), Conseil consultatif de juges européens (CCJE), à l'attention du comité des ministres du conseil de l'Europe sur « justice et société », adopté par le CCJE lors de sa 6^e réunion, Strasbourg, 23-25 novembre 2005.

²³²⁰ *Ibid.*, p. 4.

Partant de ces quelques impératifs, la communication devient alors un incontournable de la magistrature. Elle est devenue un enjeu majeur pour son indépendance. La Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) a publié un guide faisant le lien entre magistrature, public et média²³²¹. Ce guide part d'un constat en défaveur de la magistrature, elle est le pouvoir le moins visible, le moins expressif dans un monde de communication. Dès lors, toutes critiques demeurent plus vivaces car moins contredites. Pour la Commission, l'objet de la communication peut être multiple. Elle doit permettre la meilleure compréhension de la magistrature, de son fonctionnement, de réagir à l'actualité du monde judiciaire et de son positionnement qui n'est pas celui « d'un pouvoir mineur »²³²² ; permettant ainsi de restaurer la confiance et le respect des justiciables dans la magistrature et d'affirmer son indépendance quand elle est remise en cause. Le « fiasco d'Outreau » a accéléré ce besoin de communiquer pour la magistrature²³²³.

Cette communication peut être portée par une multitude d'acteurs. Elle peut être tenue autant par des magistrats à titre individuel, des associations de magistrats, des juridictions ou des institutions après une formation adéquate afin d'éviter les pièges de la communication et des médias. Les institutions ou les juridictions peuvent désigner des porte-paroles pour une cohérence de la communication²³²⁴. Ces acteurs disposent de moyens de communications très divers. Ils peuvent utiliser des moyens traditionnels comme la conférence de presse, l'entrevue, le communiqué écrit, des conférences, des messages filmés, la diffusion d'audience ou la communication sur le site internet qui peuvent être relayés par les médias ou diffusés directement par la magistrature. Depuis les années 2010, les réseaux sociaux sont devenus un nouveau biais majeur de communication²³²⁵.

La magistrature française suit la majeure partie de ces lignes directrices dans le cadre de sa communication institutionnelle. Au-delà des plus de 8000 magistrats potentiels communicants à titre individuels, les juridictions ont aussi la faculté de communiquer par le biais des chefs de juridictions ou de leur porte-parole. Afin d'accompagner la communication institutionnelle de

²³²¹ *Guide sur la communication des tribunaux et des autorités judiciaires de poursuite pénale avec le public et les médias*, tel qu'adopté lors de la 31^{ème} réunion plénière de la CEPEJ, Strasbourg, 3 et 4 décembre 2018, 35 p.

²³²² « Trop souvent, le pouvoir judiciaire est considéré comme un pouvoir «mineur», en ce sens qu'il serait moins important que les autres pouvoirs (dans certains Etats, on parle d'ailleurs d' « autorité judiciaire », plutôt que de « pouvoir judiciaire »). Les pouvoirs exécutif et législatif occupent la scène médiatique. Les institutions judiciaires doivent montrer que, pour le bon fonctionnement de la société, leur contribution n'est pas moins importante que celle des autres pouvoirs. », *ibid.*, p. 6.

²³²³ C. THOMAS, « La communication par le bas au ministère de la Justice », *Communication et organisation*, 2009, p. 172.

²³²⁴ *Ibid.*, p. 6 – 10.

²³²⁵ *Ibid.*, p. 7 – 19.

tous ces acteurs, des magistrats sont spécialement nommés pour assurer cette mission. En mai 2003, il fût créé la fonction de magistrats délégués à la communication (MDC), magistrat « désigné par le chef du service de l'information et de la communication du ministère de la Justice (SICOM), sur proposition des chefs de Cour d'appel (premiers présidents et procureurs généraux) » et installés auprès d'eux²³²⁶. Ces deux magistrats par Cour d'appel assurent la communication institutionnelle de l'institution judiciaire, sans empiéter sur l'exception de l'article 11 du Code de procédure pénale²³²⁷. Le rôle attribué à ces magistrats est le même que retranscrit dans le guide du CEPEJ, à savoir communiquer sur l'activité des juridictions pour permettre une meilleure connaissance du fonctionnement de la justice à destination des médias et du grand public²³²⁸. Leurs missions sont extrêmement variées tendant toutes vers ce but²³²⁹. Ce même guide pratique informe par exemple des horaires de bouclages des différents médias, les contacts journalistiques, expliquant le « on » et le « off » avec les journalistes.

Les MDC sont un rouage essentiel de la communication institutionnelle qui pourrait voir son rôle étendu comme une interface entre la magistrature et les médias²³³⁰. La Cour de cassation dispose de son propre service de communication. Ce service s'occupe de gérer la communication institutionnelle et les moyens de communication de la Cour de cassation²³³¹.

²³²⁶ Réponse du Ministère de la justice à la question écrite n° 07334 de M. Emmanuel Hamel (Rhône - UMP), JO Sénat du 18 septembre 2003, p. 2854.

²³²⁷ Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république En conclusion des travaux d'une mission d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction, présenté par M. BRETON et PARIS députés, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2019, p. 42.

²³²⁸ Communication judiciaire et relations presse -Guide pratique pour les magistrats, Direction des services judiciaires, Cabinet de la directrice Pole communication, Ministère de la justice, novembre 2011, p. 67-68.

²³²⁹ « Élaborer un plan de communication pour la cour d'appel et en suivre la mise en œuvre ; mettre en place, alimenter et mettre à jour le site intranet de la cour ; établir des relations régulières entre la cour d'appel et les medias locaux notamment en organisant des petits déjeuners avec les journalistes. Ces rencontres peuvent être l'occasion de faire un tour d'horizon de l'activité du ressort ou d'évoquer des thématiques préalablement définies avec les journalistes en fonction de leurs attentes ; mettre en œuvre des actions de communication communes avec les charges de communication des directions inter-régionales de la protection judiciaire de la jeunesse et de l'administration pénitentiaire ; mettre en œuvre localement la politique de communication du ministère de la Justice ; offrir un appui technique et juridique aux magistrats des juridictions de leur ressort notamment lors du déroulement de procès médiatiques ; superviser les tournages sur le ressort de leur cour et vérifier leur bon déroulement en s'assurant de l'information préalable des magistrats et fonctionnaires des juridictions concernées et du respect par les journalistes de leurs engagements. », *ibid.*, p. 68.

²³³⁰ Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république En conclusion des travaux d'une mission d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction, présenté par M. BRETON et PARIS - députés, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2019, p. 43.

²³³¹ « Relations presse : traitement des demandes de journalistes relatives à des affaires médiatiques sensibles, gestion des équipes de tournage *in situ*, organisation de conférences de presse, rédaction des communiqués et communication de crise. Diffusion de l'information en direction des publics : mieux faire connaître l'institution, son activité juridictionnelle ainsi que son patrimoine (production de contenus rédactionnels, photos, vidéos et infographies). Production audiovisuelle : gestion et alimentation de la chaîne de la Cour de cassation (diffusion de colloques, manifestations et interviews en direct sur Twitter/Periscope, Youtube et le site internet

En sa qualité de plus haute juridiction de l'ordre judiciaire, sa voix institutionnelle est mécaniquement la plus importante, avec le plus d'écho. Les autres institutions comme l'ENM ou le CSM communiquent également sur leur action à travers leur propre moyen de communication. D'autres associations comme la conférence nationale des procureurs généraux, de la République tout comme la Conférence des premiers présidents de Cour d'appel ou de présidents des tribunaux judiciaires peuvent le faire.

Sans tomber dans une litanie d'exemples, il est intéressant de regarder le résultat que peut donner cette communication institutionnelle. Ainsi, quand le service communication de la Cour de cassation réalise un spot vidéo d'une dizaine de minutes, mettant en scène Chantal Arens première présidente de la Cour de cassation, expliquant le rôle et le fonctionnement de la Cour et mise en première page de l'onglet « présentation », ce n'est pas anodin. Cette communication s'inscrit dans son but initial ; expliquer au grand public le fonctionnement de la justice pour qu'elle soit mieux comprise ; communiquer par sa propre voix montrant encore davantage son indépendance. Il est un exemple édifiant du but éducatif dévolu à la magistrature quand la première magistrate de France explique le fonctionnement de la plus haute juridiction en des termes les plus simples possibles. Cette vidéo est par la suite diffusée sur les canaux de communications comme la chaîne Youtube de la Cour ou son compte Twitter, toujours à destination du grand public.

Quel que soit le communicant, le message et le moyen utilisé, la communication institutionnelle doit répondre aux standards déontologiques évoqués pour la communication du procureur lors des « fenêtres de publicités ». Le devoir de réserve et la discrétion prévus par le recueil des obligations déontologiques²³³² s'appliquent à toutes les formes de communications et ne sauraient être outrepassées.

Néanmoins, une difficulté peut survenir concernant la conjonction entre la communication du magistrat à titre individuel et l'essor des réseaux sociaux. Elle peut s'avérer être un problème tout comme être une chance inouïe pour le développement de la communication institutionnelle. Un magistrat communiquant lui-même est par nature plus libre dans sa communication qu'une institution qui dispose d'un cadre et des services dédiés. Cette liberté additionnée aux

www.courdecassation.fr, ainsi qu'en différé sur Vimeo et le site internet www.courdecassation.fr). Community management : gestion et alimentation du compte Twitter de la Cour de cassation et développement de la présence de la juridiction sur d'autres réseaux sociaux.

Événementiel : participation de la Cour aux Journées européennes du patrimoine, développement de l'accueil de visiteurs... Communication personnelle du premier président de la Cour de cassation, chef de la juridiction et premier magistrat de France. », Site de la Cour de cassation – service de communication.

²³³² Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 2019, p. 61 et s.

problématiques liées aux réseaux sociaux peut devenir un danger pour le magistrat et la magistrature. Elle est néanmoins essentielle pour incarner la magistrature²³³³.

Le CSM a parfaitement pris conscience de cette particularité dès 2012 dans son rapport annuel. C'est à propos d'une réflexion sur l'articulation entre le devoir de réserve et la liberté d'expression du magistrat, que la question des réseaux sociaux s'est soulevée. Le CSM estimait que « la participation aux réseaux sociaux informatisés relève d'un choix personnel, mais demande une grande prudence pour éviter la mise en cause de l'indépendance, de l'impartialité et de l'intégrité du magistrat »²³³⁴. Il traite cette problématique dans l'annexe du recueil des obligations déontologiques, dans sa version de 2019. Que la communication du magistrat, en sa qualité ou non, se fasse sous son vrai nom, sous pseudonymat ou sous anonymat, elle doit nécessairement respectée le devoir de réserve et de discrétion due à sa fonction. Rien ne l'affranchit de cette obligation. Elle doit en toutes circonstances à être impartial, reste soumis au secret professionnel quant aux affaires individuelles et doit assumer ses propos si son anonymat tombe. En tous les cas, la plus grande prudence doit être apportée par le magistrat dans sa communication²³³⁵.

À travers le magistrat, c'est l'ensemble de la magistrature qui transparait. La communication néfaste d'un magistrat, dans un moment de recherche effréné de la confiance des justiciables, ne peut être que contreproductif et conduire à une sanction disciplinaire, a minima, de la part du CSM. Le risque de compromettre une procédure ou l'institution judiciaire est bien réel²³³⁶. L'utilisation des réseaux sociaux pour avoir des conversations à caractère sexuel avec des filles mineures²³³⁷ ou Twitter pour évoquer en direct un procès d'assises en cours de délibérations en sa qualité d'assesseur²³³⁸ ont conduit à la cessation des fonctions pour le premier et un blâme avec une inscription au dossier pour le second. Les réseaux sociaux peuvent être des « faux-amis »²³³⁹ pour les magistrats devant faire preuve de la plus grande prudence et éviter toute fausse naïveté face à la réelle dangerosité de ces réseaux. La formation à l'ENM sur la communication est en train d'être repensée sur ce point en dépassant le simple media training

²³³³ M. BABONNEAU, « Réseaux sociaux et pouvoir judiciaire : la nécessaire « incarnation » ? », *D. actu.*, 30 octobre 2019.

²³³⁴ Rapport 2012 du Conseil supérieur de la magistrature, p. 124.

²³³⁵ Annexe au Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 2019, p. 8-11.

²³³⁶ G. BRUNAU, « Réseaux sociaux et professionnels du droit : le risque disciplinaire », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 476.

²³³⁷ CSM-siège S213, 24 juillet 2014.

²³³⁸ CSM-siège S212, 30 avril 2014.

²³³⁹ J. MARTINON, « Le réseau social, faux-ami du magistrat judiciaire ? », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 480.

des procureurs. La communication concerne tous les magistrats, elle est « aussi incontournable qu'à haut risque déontologiquement »²³⁴⁰.

Une fois que ces écueils fatals pour la communication des magistrats sont évités, elle devient une aubaine pour la magistrature. La Cour de cassation ne dispose que d'un seul compte Twitter, un seul site internet, ne peut donner que quelques interviews. Confier à plus de 8000 magistrats la faculté de communiquer par des moyens accessibles à tous, cela devient une arme majeure et décisive dans la reconquête de l'opinion publique pour la magistrature. Elle permet une communication plus dense, plus nombreuse et donc plus efficace. Le terrain médiatique occupé est mécaniquement plus large. Ce sont autant de magistrats qui peuvent communiquer sur leur quotidien en juridiction, la réalité de la justice à une échelle plus proche du terrain et concrète. Elle est en complément de la communication des juridictions. Les magistrats n'ont pas tous la possibilité de participer à des conférences, de donner des interviews radios ou télévisés, de publier des articles. Les réseaux sociaux leur donnent cette possibilité de communiquer. La communication sans pseudonyme donne à la parole du magistrat un clair aspect institutionnel, celle sous anonymat ou pseudonymat peut engendrer un ton différent et plus libre, tout aussi intéressant²³⁴¹. Les réseaux sociaux sont des outils précieux de valorisation et d'affirmation d'une magistrature encore beaucoup trop méconnue du grand public, engendrant la défiance par méconnaissance²³⁴². Le magistrat du siège ou du parquet est un acteur central de la communication institutionnelle qu'il doit concilier avec ses impératifs déontologiques²³⁴³.

Toute la communication permettant une ouverture de la magistrature sur l'extérieur, vers le justiciable pour regagner sa confiance peut être aussi utilisée pour affirmer son indépendance. Comme avec le syndicalisme, la communication institutionnelle permet de s'opposer au pouvoir politique et encore plus frontalement. Pour démontrer cette faculté, il ne sera pris que deux exemples similaires mais qui sont les plus éloquents possibles. La magistrature affronte désormais le pouvoir politique.

²³⁴⁰ E. PERREUX, « Enseigner l'éthique et la déontologie aux futurs magistrats », *Les cahiers de la justice*, 2018, p.267. ; G. BRUNAUX, « Réseaux sociaux et professionnels du droit : le risque disciplinaire », *Dalloz IPJT*, 2019, p. 476.

²³⁴¹ M. BABONNEAU, « Réseaux sociaux et pouvoir judiciaire : la nécessaire « incarnation » ? », *D. actu.*, 30 octobre 2019.

²³⁴² L. GARNERIE, « La justice se dévoile sur Twitter », *Gaz. Pal.*, 23 oct. 2018, n° 333, p. 8.

²³⁴³ « Quand j'envoie un tweet ou un message au groupe WhatsApp, je tourne sept fois mon doigt sur le clavier. Mais si nous ne communiquons pas sur ce que nous faisons de bien, qui va le savoir ? », G. THIERRY, « Le procureur est sur WhatsApp », *D. actu.*, 24 février 2020.

Les Présidents en exercice François Hollande²³⁴⁴ et Emmanuel Macron²³⁴⁵ ont remis en cause, de manière différente, l'indépendance de la magistrature. Par le dénigrement de la magistrature et de son état pour l'un et une injonction à peine voilée donnée à la Cour de cassation sur une affaire en cours, le pouvoir politique s'affranchit du principe constitutionnel de l'indépendance de la magistrature. Pire encore, les auteurs de ces déclarations ne sont d'autre que le garant constitutionnel de l'indépendance de la magistrature.

Face à ces deux attaques dans deux registres bien différents, la magistrature n'est pas restée silencieuse et usa de ses moyens de communications institutionnelles pour répliquer.

Concernant les déclarations du Président Hollande, la réplique la plus sérieuse et la plus puissante est venue du plus haut de la hiérarchie judiciaire. Sous la forme d'une audience solennelle à la Cour de cassation, filmée et retransmise, les deux plus hauts magistrats, en robe, ont chacun prononcé une allocution en réponse aux propos du Président de la République. Messieurs Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation²³⁴⁶ et Jean Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation²³⁴⁷ défendent la magistrature face à l'attaque du pouvoir politique.

Les deux magistrats posent le même constat d'humiliation de la magistrature par son supposé garant rajoutant alors de la défiance à son encontre et souhaitent tous deux une réelle indépendance de la magistrature. Le CSM, le même jour, fait un communiqué dans lequel il

²³⁴⁴ « Que cette institution, qui est une institution de lâcheté... Parce que c'est quand même ça, tous ces procureurs, tous ces hauts magistrats, on se planque, on joue les vertueux... On n'aime pas le politique », F. LHOMME, G. DAVET, *Un président ne devrait pas dire ça*, Paris, Stock, 2016, 672 p.

²³⁴⁵ « Le besoin de procès est là [dans l'affaire Halimi]. Un pourvoi en cassation a été formulé et constitue une voie possible car il faut que tout ce qu'un procès comporte de réparation puisse se tenir », « Les déclarations de Macron sur l'affaire Halimi rendent les magistrats furieux », Le Figaro, 24 janvier 2020.

²³⁴⁶ « Des outrances renouvelées à l'encontre du corps judiciaire, en un temps qui requiert la cohérence de l'ensemble des pouvoirs publics. Ils posent un problème institutionnel. Il n'est pas concevable que la charge de Président de la République, qui comporte la responsabilité constitutionnelle de garantir l'indépendance de l'autorité, puisse être utilisée par son titulaire avec tout le poids qu'elle représente pour contribuer à diffuser parmi les français une vision aussi dégradante de leur justice. Il est plus que temps que le pays se saisisse de la question essentielle de la place de la justice pour qu'elle s'émancipe enfin de la tutelle de l'exécutif, ou du maintien d'une tradition monarchique, d'un autre temps inadapté, dans une démocratie moderne », Propos retranscrits du premier président Louvel lors de son allocution à la Cour de la Cassation suite à la parution du livre « Un président ne devrait pas dire ça », 13 octobre 2016.

²³⁴⁷ « Que la magistrature et les magistrats ont ressenti une nouvelle humiliation. Par de tels propos, le Chef de l'Etat, garant constitutionnel de l'indépendance de l'autorité judiciaire, ne semble garantir ni la place ni la considération de la magistrature. Cette atteinte à notre institution et à ceux qui la servent. Notre justice longtemps négligée devait devenir une des priorités majeures dans notre Etat de droit. Que peuvent aujourd'hui penser les Français lorsque de tels propos sont tenus par la plus haute autorité de l'Etat ? Comment peuvent-ils regarder les magistrats engagés quotidiennement au service du bien public ? Il devient incontournable de régler l'ordonnement de nos institutions et de la réelle indépendance de l'autorité judiciaire dans ce pays », Propos retranscrits du procureur général Marin lors de son allocution à la Cour de la Cassation suite à la parution du livre « Un président ne devrait pas dire ça », 13 octobre 2016.

dénonce que « ces propos humiliants, tenus par le plus haut représentant de l'Etat, sont dangereux et injustes »²³⁴⁸. En réponse à cette violente charge contre le pouvoir politique, le garde des sceaux rappelle les engagements du président pour défendre l'indépendance et la place essentielle de l'autorité judiciaire. Les conférences des premiers présidents de cour d'appel, des procureurs généraux, des présidents de tribunaux de grande instance et des procureurs de la République» ont été reçus par le garde des sceaux pour s'expliquer²³⁴⁹. Le Président de la République a reçu le premier président et procureur général de la Cour de cassation pour s'expliquer sur ses propos et communiquera par la suite en exprimant ses regrets pour les blessures qu'il a pu causer aux magistrats²³⁵⁰.

Concernant les injonctions du Président Macron, la Cour de cassation se contente d'un communiqué signé de la main de Madame Chantal Arens et de Monsieur François Molins, première présidente et procureur général près la Cour de cassation pour rappeler au Président ses obligations constitutionnelles dans ses rapports avec la magistrature. Ils énoncent que « l'indépendance de la justice, dont le Président de la République est le garant, est une condition essentielle du fonctionnement de la démocratie. Les magistrats de la Cour de cassation doivent pouvoir examiner en toute sérénité et en toute indépendance les pourvois dont ils sont saisis »²³⁵¹.

L'institution judiciaire, par la voix de sa plus haute juridiction et de ses deux plus hauts magistrats, recadre le pouvoir politique sur la question de son indépendance ; par deux fois et en peu de temps. Elle a aussi pu s'alarmer avec la création d'une inspection générale de la justice pour la Cour de cassation de l'image dégradée et dévalorisée de la Cour et mettant à mal la séparation des pouvoirs²³⁵², finalement rejetée sur ce point. Bien que les Présidents Macron et Hollande aient réaffirmé, avant²³⁵³ ou après²³⁵⁴ ces déclarations contestées et contestables, de l'importance capitale de l'indépendance, les dégâts et leurs répercussions sont violents accréditant la thèse de la dépendance de la magistrature et de la défiance que cela génère dans

²³⁴⁸ Communiqué du Conseil supérieur de la magistrature du jeudi 13 octobre 2016.

²³⁴⁹ Communiqué de presse du garde des sceaux du 13 octobre 2016.

²³⁵⁰ "Regrets" de Hollande: les magistrats saluent un "début d'explication", L'express, 14 octobre 2016.

²³⁵¹ Communiqué de la Cour de cassation, lundi 27 janvier 2020.

²³⁵² Communiqué du premier président et du procureur général de la Cour de cassation, 10 décembre 2016.

²³⁵³ « En France, l'indépendance est tenue pour la source de la légitimité de la justice et c'est cela que nous devons œuvrer à affermir », discours du Président de la République devant la Cour de cassation, Lundi 15 janvier 2018, p. 4.

²³⁵⁴ « En tant que garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, je m'élève contre toute mise en cause des magistrats dans le respect de l'Etat de droit. Une candidature à l'élection présidentielle n'autorise pas à jeter la suspicion sur le travail des juges, à créer un climat de défiance et à lancer des accusations extrêmement grave contre la justice », Communiqué de la Présidence de la République, 1^{er} mars 2017 ; en réponse à l'affaire Fillon et la mise en cause d'une justice aux ordres du pouvoir politique.

la population. Avant eux, les Présidents Mitterrand ou Chirac avaient appréciés différemment l'indépendance de la magistrature²³⁵⁵

Ces deux exemples permettent d'achever de démontrer que la conception d'autorité judiciaire n'a plus lieu d'être et n'existe déjà plus. Selon le concept d'autorité judiciaire, la magistrature serait subordonnée au pouvoir politique, comme étant une simple branche. Est-ce qu'une simple branche peut répliquer à son pouvoir tutélaire, le sommer à s'expliquer et à s'excuser ? La réponse ne peut être que non.

Une autorité subordonnée ne peut pas faire la leçon à son pouvoir de tutelle si elle n'est que cela. Grâce et par le prisme du syndicalisme, les magistrats ont gagné le droit de se battre pour l'indépendance. La communication institutionnelle permet de l'affirmer. Les expressions syndicales et institutionnelles démontrent que la magistrature n'est plus une branche du pouvoir exécutif ; elle s'exprime librement et même contre le pouvoir politique. Face à ce constat, le statu quo de la relation magistrature / pouvoir politique ne peut être maintenu en l'état. La seule réforme de la magistrature à travers le statut du parquet est inutile. Le lien entre indépendance de la magistrature et confiance du public est clairement établi à travers la pratique de la communication institutionnelle. Expliquer simplement, à travers le syndicalisme et la communication, une magistrature complexe ne la rend pas moins complexe pour autant. Cette confiance ne peut se regagner totalement que par une indépendance dans un système totalement remanié et beaucoup plus clair ; à l'opposé de la magistrature « à la Française » d'une complexité inouïe.

La seule réforme statutaire du parquet et son alignement avec celui du siège pour tenter d'obtenir une unicité du corps judiciaire parfaite est dépassée et inutile. La magistrature à « la Française » est déjà le résultat le plus abouti actuel qui tenta de concilier l'indépendance et la nomination par le pouvoir politique, dérivant inexorablement vers un pouvoir. Le résultat peut être satisfaisant mais il est imparfait et emporte bon nombre de problématiques. Aller plus loin encore dans cette voie ne règlera pas les difficultés déjà existantes, elles ne pourront que se rajouter en plus. Si le modèle actuel bloque de par son conception et finit par dysfonctionner, la seule solution est alors d'en changer. La magistrature de l'Ancien Régime ayant subi un

²³⁵⁵ « Ne donnez jamais son indépendance au Parquet, ne faites pas cette erreur, c'est la République qui serait menacée" (François Mitterrand, dernier Conseil des Ministres, propos rapportés par Michel Charasse). "Je crois qu'aujourd'hui il faut sérieusement examiner la possibilité de rendre le Parquet indépendant du Garde des Sceaux" (Jacques Chirac, intervention télévisée du 12 décembre 1996).", Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, Commission présidée par Pierre Truche, juillet 1997, p. 350.

premier choc, la magistrature moderne doit aussi vivre le sien pour véritablement garantir son indépendance et (re)trouver la confiance des justiciables.

Section 2 : Le besoin d'une profonde transformation de la magistrature

Le constat de la mort de l'autorité judiciaire et de son basculement, progressif et inexorable, vers un pouvoir à travers la notion de magistrature « à la Française » est implacable. Il convient alors d'en tirer définitivement les conséquences. L'unité de l'autorité judiciaire considérée comme étant indépendante n'a plus de sens. La seule possibilité pour aboutir à une réelle indépendance du pouvoir judiciaire suppose la séparation du siège et du parquet ; l'un totalement indépendant (paragraphe 1), l'autre redevenant dépendant, et tout en l'assumant (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un pouvoir judiciaire total pour le siège

Le magistrat du siège, seul à bénéficier de la garantie originelle de l'inamovibilité, peut être le seul à être indépendant strictement et à constituer un pouvoir judiciaire. Il est d'abord indispensable de repenser les fondements de la magistrature conduisant à son dysfonctionnement, pour consacrer ce pouvoir judiciaire (I). Il reviendra au Conseil supérieur de la magistrature de s'attacher à symboliser ce pouvoir et à disposer de l'ensemble des prérogatives pour y parvenir. Ce nouveau pouvoir indépendant ne doit pas entraîner une immunité, une absence de contrôle. Il devra être défini autour du pouvoir législatif (II).

I : La fin des ambiguïtés constitutionnelles de la magistrature

La magistrature « à la Française » est l'aboutissement d'une logique de conciliation de principes inconciliables. Elle est la cause de toutes les ambiguïtés engendrant la défiance des justiciables. La première d'entre elle et la plus importante se trouve au niveau constitutionnel, irriguant toutes les autres. Le titre VIII de la Constitution de la Vème République, fruit de son histoire en 1958 et des réformes successives jusqu'à maintenant, recèle en son sein tout le paradoxe de la magistrature.

En premier lieu, l'article 64 est l'expression du paradoxe de la conciliation entre la nomination, condition de l'autorité judiciaire et la nécessité absolue de l'indépendance. Il pose en premier

lieu le principe selon lequel « le Président de la République est le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Cette phrase résume à elle seule la contradiction des impératifs de nomination et d'indépendance et son antinomie. Si la nomination crée une dépendance mécanique au pouvoir politique, il ne peut pas être à la fois l'artisan de la dépendance et le défenseur de l'indépendance. Le Professeur Guy Carcassonne estimait que cette disposition était « incongrue » et qu'elle revenait à « proclamer que le loup est garant de la sécurité de la bergerie »²³⁵⁶. Derrière cette formulation, on décèle qu'il « reste encore un pouvoir retenu, signe que la France véhicule sous le mot République le goût monarchique et l'esprit bonapartiste »²³⁵⁷. Elle est la résultante de deux siècles de domination écrasante du pouvoir politique sur la magistrature²³⁵⁸, puis du combat entre dépendance par la nomination et besoin vital d'indépendance. Elle est déchirée entre deux impératifs contradictoires, contradiction contenue dès la Constituante engendrant ce péché originel. Bien que l'alinéa 2 dispose de l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature dans la garantie de l'indépendance, il reste en retrait. Le Président demeure l'élément clé, le Conseil ne fait que l'assister, « il l'accompagne pour apporter une aide, il le seconde »²³⁵⁹.

L'article 65 est la conséquence statutaire de cet état paradoxal. Il est la traduction de l'unité de la magistrature consacrée constitutionnellement²³⁶⁰. Considérant l'unité de la magistrature et donc de son indépendance, le siège et le parquet voient leurs statuts converger. Le premier attire le second vers lui. Au-delà du Conseil, de son rôle, des différences entre les statuts et leur rapprochement déjà abordés, cet article démontre une fois de plus tout le paradoxe de l'unité de la magistrature et de ces conséquences sur l'indépendance. À mesure que l'unité s'affirme, l'indépendance se diffuse tant aux magistrats du siège qu'à ceux du parquet ; pour la garantir à l'ensemble de l'autorité judiciaire. Pour garantir cette unité de la magistrature à laquelle on va garantir l'indépendance, on l'articule autour d'un Conseil comprenant deux formations spécifiques, avec des garanties qui se ressemblent à première vue mais qui sont

²³⁵⁶ « Le pouvoir politique, en France, a toujours nourri la martyrologie judiciaire. Mais il était a priori difficile d'afficher plus d'ironie que celle que traduit non pas tant la qualification d'autorité judiciaire, traditionnellement préférée en France à celle de pouvoir, que le fait de confier au premier responsable politique de la Nation la garantie de son indépendance », G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, 15^{ème} éd., Paris, Points, 2019, p. 312.

²³⁵⁷ D. ROUSSEAU, « Le président peut-il être le « garant de l'indépendance » de l'autorité judiciaire ? », *Après-demain*, 2017/1, p. 17.

²³⁵⁸ J. BENSIMON, « Le juge et le président : Rapports entre l'exécutif et le judiciaire dans les Constitutions françaises », *Raison présente*, n°116, 4^e trimestre 1995. *Justice et droits*, p. 51 – 65.

²³⁵⁹ Définition du verbe « assister », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd.

²³⁶⁰ L'alinéa 1 mentionnant la magistrature fait référence aux magistrats du siège et du parquet ; QPC n° 2010-14/22, 30 juillet 2010, JORF du 31 juillet 2010, p. 14198.

irrémédiablement différentes. Le parquet dépourvu de l'inamovibilité, garantie de première génération d'indépendance, et sous l'autorité du garde des sceaux ne dispose pas des mêmes droits et contraintes que le siège. À l'aune de l'indépendance, l'unité de la magistrature est une fiction ; elle n'est pas équitable, totale pour le siège et relative pour le parquet²³⁶¹. Partant de ce constat, il est impropre de parler de l'indépendance de l'autorité judiciaire comme un seul et même bloc. Il n'y a pas une seule indépendance, elle est différente selon le siège ou le parquet. Ils ne disposent pas d'un statut équivalent, de garanties équivalentes. Par conséquent, il ne peut pas y avoir une seule et même autorité judiciaire.

Face aux critiques pointant le parquet par la CEDH et remettant en cause plus globalement le modèle français, il y avait deux possibilités ; pousser le paradoxe dans ses retranchements et rapprocher le parquet du siège au plus possible pour espérer emprunter son indépendance ou le stopper complètement. La première hypothèse fût suivie irriguant les réflexions et les réformes de la magistrature, en continuant à raisonner sur l'unité. Une indépendance à demi-mesure est préférée plutôt que d'avoir le courage d'exploser cette fiction pour enfin avoir une indépendance réelle et totale. Dans son avis sur l'indépendance, la CNCDH avait ouvert ces deux voies ; une scission nette entre le siège et le parquet ou donner plus d'indépendance au parquet sans régler fondamentalement le problème²³⁶². Une telle séparation est timidement envisagée. Elle reviendrait à poindre l'échec du modèle actuellement utilisé pour garantir l'indépendance totale de la magistrature et à opérer un changement très brutal. Cette voie plus radicale est néanmoins évoquée, créant dès lors un courant « séparatiste »²³⁶³. La séparation permet d'éviter la confusion entre siège et parquet se rapprochant jusqu'à sembler identiques ; participant grandement ainsi à la défiance de la magistrature comme le soulève Monsieur Guy Canivet²³⁶⁴. La confiance des justiciables se gagne dans la clarté mais se perd dans l'ambiguïté. Le rapprochement tendant à une confusion entre siège et parquet au nom de l'indépendance du corps accentue l'ambiguïté, la confusion et, in fine, la défiance.

²³⁶¹ « L'indépendance reconnue au plan constitutionnel à l'autorité judiciaire comprend en réalité deux niveaux : au niveau inférieur, l'indépendance « relative » dont bénéficient les magistrats du parquet, et au niveau supérieur, l'indépendance « pleine et entière » dont jouissent les magistrats du siège », M-A. GRANGER, in *L'indépendance de l'autorité judiciaire*, Conseil Constitutionnel (site internet du Conseil Constitutionnel).

²³⁶² « La séparation de la magistrature en deux corps distincts en est une : d'une part, le parquet, corps hiérarchisé, soumis au ministre de la justice, qui abandonnerait son indépendance ; d'autre part, les juges du siège, pleinement indépendants [...] L'autre solution consiste à reconnaître une plus grande indépendance au parquet. Une telle réforme ne réglerait pas tous les problèmes », CNCDH, Avis sur l'indépendance de la justice, JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 102.

²³⁶³ D. CHARVEY, « Une ou deux magistratures ? », *D.*, 2007, p. 459.

²³⁶⁴ C. MIALOT, « La partie publique au procès pénal doit-elle être représentée par un magistrat ? », *D.*, 2009, p. 2497.

Puisque l'unité engendrant la recherche d'une indépendance équivalente pour le siège et le parquet et qu'elle ne peut pas être atteinte pleinement, il serait opportun d'assurer l'indépendance certaine d'une partie de la magistrature plutôt que de laisser un trouble sur la magistrature entière. Cependant, les magistrats souhaitent conserver cette unité de la magistrature. Elle représente pour eux un pilier de la magistrature qui est « indissociablement constituée des juges et des procureurs »²³⁶⁵, que la scission des deux ne peut être une solution à retenir²³⁶⁶, qu'elle est même « une fausse réponse au problème de l'indépendance »²³⁶⁷. Pire, elle serait une façon pour le pouvoir politique d'affaiblir la magistrature, suffisamment indépendante, l'unité étant dans l'intérêt du justiciable²³⁶⁸. L'unité devient une obsession pour les magistrats en quête d'indépendance pour le siège et le parquet, renforcée par les critiques de la CEDH²³⁶⁹. Pour l'ancien procureur général près la Cour de cassation, Monsieur Jean-Louis Nadal, l'unité est souhaitée par une majorité de magistrats. Seule une minorité de magistrats du siège « prône la séparation afin que les juges ne soient pas confondus avec les procureurs dans l'opinion publique, trop proches à leurs yeux du pouvoir exécutif »²³⁷⁰.

L'unité constitutionnelle de la magistrature est considérée, à raison et à certains égards, comme une force pour les magistrats. Le problème est que cette force s'exprimant à travers cette unité est devenue aussi sa principale faiblesse, source de confusion et de défiance remettant en cause l'indépendance et la légitimité de la magistrature toute entière.

La solution de l'alignement des statuts ne pourra jamais être parfaite, « ne pouvant plus continuer dans la forme actuelle »²³⁷¹. L'un est inamovible, l'autre non. L'un est sous l'autorité du garde des sceaux, l'autre non. L'alignement sera toujours incomplet avec une indépendance imparfaite. Seule la séparation du siège et du parquet permet une indépendance parfaite du pouvoir politique. Aussi « douloureuse »²³⁷² soit-elle, cette scission doit avoir lieu pour le bien

²³⁶⁵ V. DUVAL, « Histoire et fondement de l'USM », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 435.

²³⁶⁶ « Si le Président de l'USM ne se pose pas la question de l'opportunité ou de la pérennité de ces passerelles entre le siège et le parquet (« *En quoi faudrait-il modifier le système et prévoir une séparation du siège et du parquet ? Ce n'est absolument pas nécessaire* », les arguments avancés ici et là en faveur de l'unité du corps des magistrats apparaissent d'ordre psychologique, professionnel et déontologique. », Audition du 16 mars 2006, Commission d'enquête « Outreau », Assemblée Nationale.

²³⁶⁷ P. INGALL-MONTAGNIER, « Le point de vue d'un magistrat du parquet » in. B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2012, p. 47.

²³⁶⁸ *Sur l'unité du corps judiciaire*, Syndicat de la magistrature, publié le 1er décembre 2003, mis à jour le 20 septembre 2006.

²³⁶⁹ D. SOULEZ LARIVIERE, « Le problème du ministère public français », *AJ Pénal*, 2011, p. 112.

²³⁷⁰ J-L. NADAL, « Quel rôle pour le ministère public ? », *D.*, 2007, p. 2296.

²³⁷¹ D. ROUSSEAU, « Le statut du Parquet », *Constitutions*, 2011, p. 295.

²³⁷² J-M. HAYAT, « Le point de vue du juge du siège », *LPA*, n°139, 12 juill. 2007, p. 28.

de la magistrature et permettre l'émergence d'un pouvoir judiciaire²³⁷³. Malgré l'attachement profond des magistrats à ce principe, il faut mettre fin au mythe de l'unité du corps judiciaire ; elle n'est pas viable statutairement dans la recherche de l'indépendance de la magistrature. Une unité est inconcevable rien qu'à travers l'inamovibilité, une telle position est intenable. Le siège et le parquet ne seront jamais identiques statutairement, n'auront jamais une indépendance équivalente du pouvoir politique. Il est nécessaire de faire en sorte qu'ils soient alors bien différents, pour sortir la magistrature d'un entre-deux destructeur. L'unité de la magistrature n'est pas une règle intangible et universelle. D'autres nations comme l'Espagne consacrent un cloisonnement étanche entre le siège et le parquet²³⁷⁴. De son côté, l'Italie se défait progressivement de l'unité de la magistrature pour basculer vers une séparation du siège et du parquet²³⁷⁵.

Pour terminer sur ces ambiguïtés constitutionnelles qu'il convient de lever, le nom du titre consacré à la magistrature dans la Constitution confirme alors toute la considération concédée par le pouvoir politique en 1958 ; depuis en décalage avec ce qu'elle est devenue.

En l'appelant « Autorité judiciaire », la magistrature est renvoyée à un statut subalterne, déclassée par le pouvoir politique et placée en dessous de lui. Pour le général de Gaulle, tout procède du Président de la République. La magistrature n'échappe pas à cette règle²³⁷⁶ et « est au même plan que le militaire ou le civil »²³⁷⁷. La commission Truche estime que la distinction entre pouvoir ou autorité judiciaire entraîne des conséquences sur la magistrature posant incidemment « une réflexion quant au statut actuel de l'indivisibilité de la magistrature et l'indivisibilité de la République »²³⁷⁸. La qualification donnée à la magistrature conditionne les

²³⁷³ « Du fait de leur appartenance à un corps unique, la fonction de juge se trouve contaminée par celle de procureur et dénaturée », D. SOULEZ LARIVIERE, « Sans la séparation des procureurs et des juges, il ne peut y avoir de véritable pouvoir judiciaire », Tribune, JDD, 27 septembre 2020.

²³⁷⁴ S. VUELTA SIMON, « Le ministère public espagnol : un corps séparé des juges », *Les cahiers de la justice*, 2009, p. 73.

²³⁷⁵ M.G. CIVININI, « Le statut du magistrat en Italie », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 59 N°1, 2007, p. 7-25 ; « Ces questions sont toujours d'actualité en Italie, voir le récent projet de loi constitutionnelle d'initiative populaire intitulé : Norme pour la mise en œuvre de la séparation des carrières entre magistrature du siège et magistrature du parquet », I. BOUCOBZA, « L'indépendance des magistrats vue d'Italie, une question constitutionnelle », *Titre VII*, n°3, octobre 2019, p.7. ; N. ZANON, « Le parquet dans le système institutionnel italien », in. B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2012, p. 31.

²³⁷⁶ « Le général de Gaulle l'entendait bien ainsi : dans une conférence de presse en 1964, interrogé sur ce point, il répondit qu'il « doit être évidemment entendu que l'autorité de l'Etat est confiée toute entière au Président, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par lui ». », P. JOXE, « La justice : un troisième pouvoir ? », *Après-demain*, 2011/4, N° 20, p. 16.

²³⁷⁷ G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, 15^{ème} ed, Paris, Points, 2019, p. 313.

²³⁷⁸ « L'élaboration de la Constitution de 1958 traduit d'ailleurs des hésitations puisque les articles afférents à la justice ont d'abord été regroupés sous le titre "De la Justice", puis "De l'indépendance de la magistrature" avant

contours de son indépendance. De nos jours, il n'est plus possible de considérer que la magistrature procède seulement du Président de la République. L'essor de l'indépendance depuis 1964 et la déclaration du Général de Gaulle le contredit. Cependant, la magistrature est toujours considérée constitutionnellement comme une autorité judiciaire.

À la lumière de tous ces paradoxes constitutionnels irriguant l'ensemble de la magistrature, il convient d'envisager des changements d'ampleur pour les dépasser. La transfiguration de la magistrature en pouvoir ne signifie pas pour autant une remise à plat totale. Pour la réussite d'une telle opération, elle doit s'appuyer sur des acquis. La Révolution française a détruit les Parlements de l'Ancien Régime mais a conservé l'inamovibilité qui s'est, théoriquement, vue renforcée. Le passage vers un pouvoir passe par le maintien et l'affermissement des mécanismes de deuxième et de troisième génération d'indépendance. S'acharner sur la recherche d'une indépendance impossible du parquet au nom de l'unité de l'autorité judiciaire, c'est faire échouer toute la magistrature et la condamner à s'écrouler.

Elle mérite un meilleur sort, aussi craint soit-il tant par le pouvoir politique qui perd définitivement ce lien avec la magistrature, que les magistrats pensant perdre des acquis fondamentaux au profit du pouvoir politique. Le passage du statut d'autorité à celui de pouvoir est sans nul doute au bénéfice de la magistrature.

II : Un pouvoir judiciaire articulé autour du Conseil supérieur de la justice.

La mort du concept d'autorité judiciaire et de son unité va entraîner des destins différents pour le siège et le parquet. Indéniablement, le parquet est celui pour qui cette réforme sera la plus marquante. En revanche, le siège subirait un basculement formel vers un pouvoir moins problématique. Il s'agit de réajustements des acquis sur l'indépendance et d'une réorchestration des compétences actuelles de la magistrature « à la Française ». Toutes les spécificités dites à « la Française », renvoyant à une présence du pouvoir politique directe ou indirecte, doivent être supprimées. Pour le siège, la solution pour l'indépendance totale est simple, il faut faire disparaître les traces résiduelles de la présence du pouvoir politique. Elle « s'affirme aujourd'hui comme un pouvoir indépendamment de la terminaison constitutionnelle »²³⁷⁹. Pour

de devenir "De l'autorité judiciaire", Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, Commission présidée par Pierre Truche, juillet 1997, p. 348 et s.

²³⁷⁹ B. MATHIEU, *Justice et politique : la déchirure ?*, Paris, LGDJ, 2015, p. 145.

trancher avec l'ambiguïté du terme magistrature, renvoyant au siège comme au parquet, un changement de nom du Conseil pourrait être envisagé pour signifier qu'il ne sera compétent que pour le siège. L'appellation, certes plus générique mais ô combien plus évocatrice, de Conseil supérieur de la justice (CSJ)²³⁸⁰ est plus à même de clarifier le rôle et la mission de ce Conseil. Il serait la version améliorée du CSM actuel, protégé des interférences du pouvoir politique et débarrassant le pouvoir judiciaire de ses ambiguïtés.

Le Président de la République est l'élément central de l'autorité judiciaire confiant son pouvoir à l'autorité et garant de son indépendance. Le pouvoir judiciaire doit s'appuyer sur un Conseil supérieur comme nouvelle clef de voute pour l'indépendance, à l'instar de bons nombres d'autres nations et magistratures²³⁸¹. Une réécriture du Titre VII est donc inévitable pour obtenir une véritable indépendance, purgée de tous ses paradoxes. Ainsi renommé « Du pouvoir judiciaire », un nouvel article 64 disposerait que « le Conseil supérieur de la justice est le garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont inamovibles ». Un tel changement emporte avec lui de nombreuses modifications. Le périmètre du pouvoir judiciaire n'est plus celui de l'autorité judiciaire. Il gravitera tout entier autour du Conseil supérieur de la justice.

Ce Conseil doit voir sa composition et ses attributions évoluées pour accompagner du mieux possible ce changement et la charge nouvelle qui lui incombe. Pour le siège, l'indépendance statutaire est déjà quasiment atteinte. Il ne souffre que de quelques stigmates de dépendance qu'il convient de gommer. L'affermissement du pouvoir judiciaire par le Conseil passe par l'approfondissement des compétences déjà possédées par le captage de celles partagées avec le pouvoir politique ou toujours détenues par lui. Pour commencer, la composition du CSJ, terrain d'affrontement symbolique entre magistrats et pouvoir politique, doit refléter cette transformation. Le CSJ doit avoir une majorité de membres magistrats. Pour éviter toutes critiques de corporatisme et de manque d'ouverture, les personnalités extérieures seront toujours présentes, désignées par le parlement pour éviter tout lien trop personnifié avec un autre pouvoir. La composition doit faire apparaître sans ambiguïtés le contrôle des magistrats sur l'organe central de son pouvoir, jusqu'ici disputé. Le président du Conseil supérieur de la justice deviendra ainsi la voix institutionnelle du pouvoir judiciaire, permettant ainsi une

²³⁸⁰ Art. 2-3, Statut universel du juge, Adopté par le Conseil central de l'UIM à Taiwan le 17 novembre 1999, Mis à jour à Santiago du Chili le 14 novembre 2017, Union internationale des magistrats.

²³⁸¹ J-F. KRIEG, « Les Conseils supérieurs de justice, clef de voûte de l'indépendance judiciaire - examen comparatif à partir de critères internationalement reconnus », *D.*, 2004, p. 2166.

meilleure exposition de la magistrature pouvant être plus simplement identifié. Le déficit chronique de visibilité de la magistrature peut être ainsi comblé par ce biais.

La nomination, la carrière et la discipline de l'ensemble des magistrats du siège doivent être contrôlés par le seul Conseil, en rejetant l'immixtion du garde des sceaux en lui retirant ses prérogatives. Une séparation, entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique, doit être la plus nette possible.

Les processus de nominations actuels du CSM sont satisfaisants, ils doivent simplement être eux aussi adaptés. Le pouvoir de proposition dévolu au garde des sceaux doit lui être retiré et transmis au Conseil. Seul le CSJ doit avoir la mainmise sur les propositions de l'ensemble des magistrats du siège. Il doit avoir l'initiative et la décision finale en matière nomination et d'avancement. Idem pour la discipline, le Conseil ne doit pas laisser cette fonction essentielle pour la magistrature être parasitée par le pouvoir politique. Elle doit être la seule décisionnaire.

Pour parvenir à ce but, le CSJ doit être renforcé par les moyens dont dispose le garde des sceaux et la Chancellerie. Ils détiennent des mécanismes décisifs devant être transférés au Conseil pour une effectivité totale de ses missions. Ainsi, les compétences de la DSJ en matière de nomination, les connaissances des magistrats par leurs dossiers et les mécanismes d'avancement doivent être rattachés au CSJ. Pour que la connaissance du corps soit la plus efficiente possible pour détecter tout problème déontologique, le Conseil doit disposer d'un service similaire à l'inspection générale de la justice. Il ressort que la présence du garde des sceaux est justifiée par sa connaissance de la magistrature. Il n'a plus à avoir ses connaissances, il n'en a plus le besoin. Le maintien de cette connaissance auprès du pouvoir politique ne se justifiaient pas à l'aune de l'indépendance et se justifient encore moins dans le cas d'un basculement de compétences. Il n'aura ainsi plus la possibilité de saisir le CSJ sur la discipline des magistrats du siège.

De même, l'ENM doit s'extraire de la tutelle du garde des sceaux et de sa présence plus ou moins discrète mais certaine. Dans la recherche d'une indépendance totale du pouvoir politique, la maîtrise de l'Ecole de formation des magistrats doit s'inscrire dans ce mouvement de captage des pouvoirs par le CSJ et être aussi sous son contrôle. De voir l'ENM dirigée par un magistrat dont la formation est dispensée par des magistrats pour des futurs magistrats sous la tutelle d'une entité regroupant toutes les prérogatives pour le pouvoir judiciaire n'est pas illogique et permet un gain de cohérence et de clarification.

Enfin sur l'aspect symbolique, il faut octroyer au CSJ la faculté de signer et faire exécuter tout texte de nomination, sans l'intervention du pouvoir politique. Le décret faisant partie de la chasse gardée du Président de la République ou du Premier ministre, le CSJ pourrait émettre des arrêtés de nomination à l'instar des fonctionnaires pour se passer de la marque du pouvoir politique et de ses incidences. L'indépendance du pouvoir judiciaire ne peut s'accommoder d'une nomination même uniquement formelle par ce même pouvoir.

En tout état de cause, mis à part les persistances résiduelles mais réelles du pouvoir politique à l'égard du siège, son impact s'est considérablement amoindri. Il est réduit à faire exécuter les décisions du CSM, de par l'avis conforme nécessaire en matière de nomination et disciplinairement. Conserver ce lien entre le siège et la magistrature fait plus de dégâts à l'indépendance qu'autre chose. L'avis conforme est un transfert des pouvoirs au CSM sans en porter le nom. Un tel basculement des pouvoirs ne change pas la réalité mais l'appréciation de cette réalité. Il est fondamental pour marquer l'indépendance et renvoyer une image en accord avec cette indépendance. Il convient également de confier au CSJ des pouvoirs élargis, en nécessaire concertation avec le pouvoir politique et les juridictions, sur la prise de décision et l'utilisation d'un budget digne pour la justice²³⁸². Ce Conseil remanié s'inscrit dans les grandes lignes de compositions et de compétences de ces conseils garantissant l'indépendance par « la représentation officielle du pouvoir judiciaire composées de membres élus par leurs pairs, présidé par le président de la Cour suprême et écartant la présence effective du ministre de la Justice »²³⁸³.

Ce gain d'indépendance totale ne doit pas signifier une impunité du pouvoir judiciaire, une absence de contrôle de son activité, de ses missions et, in fine, de responsabilité.

Le contrôle institutionnel du pouvoir judiciaire passera par un examen régulier de l'activité du CSJ par la représentation nationale ; le Parlement. Il peut y être procédé par la présentation d'un rapport annuel d'activité enrichi des décisions de nominations et de disciplines, devant les deux assemblées. Un vote de défiance serait possible si les 3/5^{èmes} des parlementaires, afin de favoriser un vote transpartisan, se prononcent défavorablement sur la gestion du pouvoir

²³⁸² V. à ce sujet, Rapport Professeur BOUVIER, « Quelle indépendance financière pour l'autorité judiciaire ? » Rapport au Premier président de la Cour de cassation et au Procureur général près cette cour, Cour de cassation, Juillet 2017, 198 p.

²³⁸³ J-F. KRIEG, « Les Conseils supérieurs de justice, clef de voûte de l'indépendance judiciaire - examen comparatif à partir de critères internationalement reconnus », *D.*, 2004, p. 2166.

judiciaire. Elle entrainera un changement de l'ensemble des membres du Conseil à l'exception de sa présidence qui reste dévolu au premier président de la Cour de cassation en fonction.

Un autre contrôle serait exercé, de manière indirecte, par les justiciables eux-mêmes. L'enjeu majeur du pouvoir judiciaire nouvellement constitué est de redonner la confiance en l'indépendance de la magistrature. Le pouvoir judiciaire ne sera un pari réussi que si la confiance est regagnée. L'opinion publique induit un comportement irréprochable de la part du Conseil. La crédibilité fragile de la magistrature ne survivrait pas à l'échec d'un pouvoir totalement indépendant. La confiance du justiciable doit engager le Conseil à être mesuré, il joue sa survie.

Le titre VII de la Constitution peut ainsi être complété par un nouvel article réorchestrant le Conseil supérieur de la magistrature actuel et ses prérogatives essentielles.

Dans ce nouvel article 65, « Le Conseil supérieur de la justice est compétent à l'égard des magistrats du siège. Il est présidé par le premier président de la Cour de cassation. Il comprend, en outre, huit magistrats, un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, un avocat ainsi que quatre personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif. L'Assemblée nationale et le Sénat, par un vote à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés de chaque assemblée, désignent chacun deux personnalités qualifiées. Le Conseil supérieur de la justice nomme l'ensemble des magistrats du siège. Le Conseil supérieur de la justice statue comme conseil de discipline des magistrats du siège. Le Conseil supérieur de la justice se réunit pour répondre aux demandes d'avis formulées par le Président de la République. Il se prononce sur les questions relatives à la déontologie des magistrats ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le Parlement. Le Conseil supérieur de la justice est responsable devant lui sur son fonctionnement et ses activités. Le Conseil supérieur de la justice peut être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par une loi organique. La loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

Dans le cadre d'une telle transformation, la refonte du siège pour une garantie totale de son indépendance n'est pas la plus problématique. Il est déjà quasiment à ce stade à l'heure actuelle, la transformation se résumerait ainsi en une concentration des pouvoirs au CSJ au détriment du garde des sceaux pour aboutir à une simplification du système. Jusqu'ici, à l'aune du pouvoir judiciaire, seul le siège est cité. Pour le parquet, le basculement d'une autorité vers un pouvoir est nettement moins évident. Séparer le parquet du siège pour permettre de faire une claire

distinction entre les deux ne vise qu'un seul but ; faire taire les soupçons de dépendance instillés par le parquet et son statut paradoxal pour éloigner le spectre de la défiance qui hante toute la magistrature.

Puisqu'il est impossible qu'il soit totalement indépendant du pouvoir politique et que la défiance réclame en réponse de la clarté, le parquet devrait être dépendant de manière claire et sans ambiguïté. Pour le siège, le basculement est relativement simple car on lui confère un pouvoir qu'il aurait toujours dû avoir et qu'il possédait quasiment pleinement déjà. Pour le parquet, c'est l'inverse. On doit lui retirer un statut et des garanties qu'il n'aurait jamais dû avoir. Malgré une impression de fort recul de l'indépendance, la dépendance assumée du parquet est inévitable pour garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire. Elle est la dernière pierre pour donner pleine confiance en la magistrature, et pour assurer la pérennité de sa légitimité.

Paragraphe 2 : Une dépendance assumée pour le parquet

La tutelle du parquet par le pouvoir politique est dans son ADN. Le parquet a été créé et s'est construit à travers ce lien. Pour la cohérence de la politique pénale, il doit fonctionner sous une tutelle du pouvoir politique. La mission première et historique de ce corps nécessite ce lien qui le lie au pouvoir politique. Considéré comme un agent du pouvoir par la Constituante, le parquet n'aurait jamais dû quitter cette dépendance. L'émergence du parquet à « la Française », à savoir la question de son indépendance du pouvoir politique soulève deux éléments bien différents. D'un côté, l'essor inexorable d'un pouvoir judiciaire par l'indépendance a entraîné dans son sillage le parquet, aspiré par sa puissance (I). De l'autre, sa dépendance retrouvée parachèverait un pouvoir judiciaire où l'indépendance serait pleine et entière sans qu'elle ne puisse être parasitée (II).

I : Le parquet indépendant : une antinomie preuve de l'essor du pouvoir judiciaire

L'histoire de la magistrature et de son rapport à l'indépendance met en avant le siège. Le long combat face à la soumission s'est fait pour le siège auquel on a nié son indépendance. Les purges suspendant l'inamovibilité visent le siège car le parquet n'en bénéficie pas. Le parquet est largement en retrait sur cette question, comme pour ainsi dire absent. Sa dépendance n'est pas remise en cause et n'est pas discutée avant un passé tout à fait récent. Dès lors, le parquet

est devenu le dernier territoire à conquérir pour l'indépendance, considérant ainsi que celle du siège était totalement assurée et garantie. L'indépendance du parquet est une réponse conjoncturelle face à l'embaras de la Chancellerie découlant des affaires politico-judiciaires éclatant au début des années 90²³⁸⁴. C'est à ce moment-là que cette question et les réformes pour y répondre sont intervenues.

Cette brusque accélération de l'indépendance pour le parquet témoigne de la place qu'occupe ce principe. Longtemps considérée comme une gêne et écartée, il est désormais incontournable et irrigue toutes les réflexions à propos de la magistrature. L'indépendance est devenue tellement incontournable qu'elle en est devenue incontrôlable. Ne devant être recherchée originellement que pour le siège, seul détenteur de l'inamovibilité, elle a débordé sur le parquet.

La recherche de l'indépendance du parquet est un non-sens, il est une victime indirecte de l'essor inexorable de l'indépendance ; tendant à détruire la conception d'autorité pour faire émerger celle de pouvoir. L'indépendance aspire tout ce qui est autour de lui ; ce qui doit être aspiré mais également ce qui ne le devrait pas. Ce besoin conjoncturel d'indépendance s'est vite heurté au statut de dépendance du parquet qui lui est structurel.

Les projets de réforme récents, que ce soit l'ambitieux de 2013 ou l'appauvri de 2018, ne changent fondamentalement rien en l'état sur la problématique de l'indépendance du parquet. L'alignement sur le siège n'emporte ni l'inamovibilité ni la fin de la tutelle du garde des sceaux. Elle n'offre qu'un semblant d'alignement, une indépendance factice. Si le parquet avait un tel statut, était inamovible et détaché de l'autorité du garde des sceaux, ce serait alors un juge du siège. Une telle réforme est un non-sens absolu et est sans objet. Elle tente de rassurer en montrant qu'elle résout le problème mais elle ne sert à rien. Elle n'apporte qu'une ambiguïté statutaire préjudiciable au parquet²³⁸⁵.

Vouloir donner son indépendance au parquet est impossible, son existence et ses fondements reposent sur sa dépendance. L'amovibilité du ministère public couplée à l'autorité du garde des sceaux rend toutes tentatives d'indépendance vaines, voire dangereuses.

Le passé et le présent du parquet montrent une démarcation claire entre le siège et le parquet. S'il y a une identité de recrutement et de formation, il y a une opposition sur la discipline par

²³⁸⁴ V. ROUSSEL, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les relations entre la Chancellerie et les parquets en questions - Entretien avec Daniel Ludet », *Mouvements*, 2003/4, n°29, p. 21.

²³⁸⁵ Intervention de Dominique Rousseau, in. B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2012, p. 151.

exemple²³⁸⁶. Si l'identité se limite au recrutement et à la formation, les oppositions sont plus profondes que la seule discipline qui est induite par l'amovibilité et la tutelle du pouvoir politique. Elles sont si profondes qu'elles sont inconciliables, le parquet ne peut pas être indépendant comme l'est le siège et ne le sera jamais. L'aveuglement dans une recherche effrénée de l'indépendance a abouti à la magistrature « à la Française », avec un parquet déchiré entre l'indépendance et son essence. Il ne peut être indépendant et, en même temps, être originellement un agent du pouvoir toujours amovible. Le but des réformes de 2013 et 2018 est de s'assurer de l'indépendance de la magistrature par la plus grande uniformité statutaire possible entre le siège et le parquet, au nom de l'unité. Même si l'unité et l'uniformité ne se superposent pas forcément²³⁸⁷, elles s'inscrivent ensemble dans la recherche de l'indépendance, vouée à l'échec car elle ne sera jamais parfaite. La séparation ne doit pas être vécue comme une castration d'une partie de la magistrature²³⁸⁸.

Cette indépendance si vivace s'exprime dans un système qui ne lui convient pas et qui amène l'ambiguïté et la défiance. L'injecter dans la magistrature avec un parquet irrémédiablement dépendant et un siège encore marqué par son histoire avec le pouvoir a eu deux effets. L'indépendance a eu un effet bénéfique à court et moyen terme. La magistrature s'est clairement détachée du pouvoir politique. À plus long terme, un effet néfaste est apparu. Face à une indépendance qui s'est révélée fondamentalement limitée et donc imparfaite, les soupçons de dépendance ont surgi mettant à terre tous les efforts consentis par l'indépendance pour garantir cette nécessaire confiance. Néanmoins, ce n'est pas le principe d'indépendance qui est imparfait, ce sont les conditions dans lesquelles on lui a demandé de produire son effet qu'il l'est. L'indépendance du pouvoir politique, signe d'un pouvoir judiciaire, s'est développée dans une magistrature, considérée comme une autorité judiciaire incluant un lien de dépendance. Il est évident que son effet ne serait qu'imparfait engendrant ambiguïtés, incompréhensions et défiance dont la magistrature « à la Française » est la résultante. Pour que l'indépendance du parquet soit envisagée jusqu'à devenir une évidence, il faut que ce principe soit d'une puissance importante pour qu'il s'impose de lui-même. Ce principe s'impose avec autant de force aujourd'hui, avec la même force mise pour le repousser au XIX^{ème} siècle.

Cette indépendance qui s'est infusée dans la magistrature rentre en contradiction avec le parquet et sa nature ; et se trouve mise en échec. Aussi inexorable soit-elle, l'indépendance ne peut

²³⁸⁶ M-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, thèse, Paris, LGDJ, 1967, p. 48 – 49.

²³⁸⁷ F. HOURQUEBIE, « L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire », B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2012, p. 15.

²³⁸⁸ D. SOULEZ LARIVIERE, « Le problème du ministère public français », *AJ Pén.*, 2011, p. 112.

rendre inamovible le parquet, le retirer de la tutelle du garde des sceaux. Elle l'a dotée de mécanismes la faisant ressembler au siège et à simuler une indépendance, par mimétisme. La force de l'indépendance, qui fonde le pouvoir judiciaire, ne peut pas et ne doit s'appliquer partout. La recherche de l'indépendance du parquet démontre l'incapacité à observer que ce principe a pris une place démesurée et l'appliquer avec cohérence ; plus en adéquation avec la notion d'autorité judiciaire sans en tirer les conséquences. Elle supplante et rend obsolète l'autorité judiciaire sans pour autant entraîner des réformes à la hauteur. Dans ce grand mouvement d'indépendance de la magistrature, le parquet a été emporté à tort. Il ne pourra jamais être indépendant sans remettre en cause sa nature. Cette contradiction démontre que la magistrature est désormais plus qu'une autorité judiciaire et que le parquet doit être écarté du pouvoir judiciaire, pour éviter la poursuite des confusions et de la défiance qui mine la magistrature et le siège.

Cette force de l'indépendance aboutit à des réflexions pour le moins problématique. Pour le président de la Conférence nationale des procureurs généraux Jacques Beaune, « notre indépendance statutaire affirmée nous rend désormais légitimes à devenir vraiment les juges de l'action publique [...] avec les mêmes normes d'indépendance que celles du juge, par rapport aux pressions extérieures de quelque nature qu'elles soient »²³⁸⁹. Le parquet ne dispose pas des mêmes normes d'indépendance de la part du pouvoir politique. Son amovibilité à elle seule réfute cet argument. Il fait le lien entre l'indépendance, la légitimité et le statut. Pour lui, le parquet étant indépendant, il devient légitime comme un juge jusqu'à en devenir un. Si la légitimité procède de l'indépendance, elle ne fonctionne que pour le siège. Le parquet peut être et doit être légitime autrement. Sinon, puisque son indépendance est impossible, il serait alors illégitime à exercer ses fonctions de ministère public.

L'indépendance fait prendre à la magistrature un chemin que le parquet ne peut pas suivre ; sans poser de trop grandes difficultés finalement irrémédiables et destructrices. Sur la constitutionnalité du lien entre le parquet le garde des sceaux, la présidente de l'USM exprimait que l'indépendance du parquet devenait alors un rêve inaccessible²³⁹⁰. En réalité, ce rêve n'a jamais été accessible, il n'est que le fantasme d'une indépendance totale, du siège et du parquet au nom de l'unité. Après avoir donné au parquet un semblant d'indépendance statutaire auquel il s'est accroché, il faut le lui retirer car il est comme factice. Les magistrats pensent être

²³⁸⁹ B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2012, p. 144.

²³⁹⁰ V. DUVAL, « Indépendance du parquet : rêve inaccessible après la décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2017 ? », *Gaz. Pal.*, 6 févr. 2018, n°05, p. 31.

indépendants, le pouvoir politique pense faire ce qu'il faut et les justiciables ne croient pas ou plus à l'indépendance. Il y a une déconnexion d'avec les justiciables qui montre que l'indépendance du parquet n'est pas la solution. Elle crée plus de troubles qu'elle n'en résout. Que le parquet s'estime indépendant et souhaite conserver ce statut est une chose, que le justiciable soit persuadé que la magistrature entière l'est en est une autre. Ce sont deux réalités qui aujourd'hui ne coïncident pas. La légitimité procédant de la confiance du justiciable, il convient de faire primer cette seconde réalité et de la réparer au détriment de la première. Même si la remise en cause du statut actuel n'est pas sans graves inconvénients²³⁹¹, ne rien faire serait encore pire. La défiance ancrée ne ferait que s'intensifier jusqu'à une rupture totale et irrécupérable.

La confiance du justiciable passe par une indépendance la plus claire possible de la magistrature. Si celle du siège peut être totalement garantie, celle du parquet non. Il convient alors de remettre le parquet dans une dépendance claire, pour que celle du siège soit encore plus nette. Entériner la dépendance du parquet permet de faire éclater encore plus fort l'indépendance du siège permettant la confiance du justiciable, clef de sa légitimité. Néanmoins, un retour de la dépendance ne signifie pas forcément celui de la soumission. La dépendance n'est pas forcément quelque chose de négatif en soi, ce qui est important est comment elle est articulée. Preuve qu'une perception statutaire différente du parquet est délicate, elle peut être jugée brutale, dangereuse, peu sérieuse ou subversive²³⁹². Malgré tous ces qualificatifs servant de repoussoir pour le maintien du statut actuel et d'une indépendance condamnée à être imparfaite, la dépendance doit être examinée sans a priori.

II : Le parquet dépendant : une logique preuve de l'existence du pouvoir judiciaire

Si le parquet ne peut pas être totalement indépendant statutairement, il est préférable qu'il redevienne totalement dépendant dans ce cas ; l'entre-deux ne produit pas un bon résultat. La seule indépendance fonctionnelle ne saurait emporter une indépendance statutaire équivalente à celle du siège, qui est impossible. La dépendance ne doit pas être vécue comme un déshonneur ou un tabou ; elle est, pour le parquet et la magistrature, salutaire.

²³⁹¹ P. INGALL-MONTAGNIER, « Le point de vue d'un magistrat du parquet » in. B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2012, p. 47.

²³⁹² B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2012, p. 153 et s.

Une séparation de la magistrature engendrant la dépendance du parquet ne serait pas sans soulever des questions. Un parquet séparé par un cloisonnement étanche du siège suppose une interrogation sur les conditions de son recrutement, de sa formation, de sa nomination, de son avancement et de sa discipline²³⁹³.

L'inamovibilité, privilège du siège et faisant la distinction avec le parquet, ne s'acquérant qu'à la nomination, le recrutement et la formation des magistrats n'ont pas à être impactés par la séparation. Ils permettent de sélectionner et former des magistrats compétents, disposant d'une base commune et d'une déontologie partagée, en toute indépendance. L'ENM prévoit déjà une formation spécifique pour le parquet avant la prise des premières fonctions, tout comme pour le siège. Ce même format peut parfaitement perdurer même avec l'éclatement de la magistrature, amplifiant les aspects de ces différentes fonctions pour que les auditeurs puissent choisir au mieux. Cette identité de formation peut continuer à exister, ce n'est qu'après que la distinction parquet et siège intervient²³⁹⁴.

Ce n'est qu'au moment de la nomination, à la sortie de l'ENM, que le parquet devra se singulariser et marquer sa différence d'avec le siège. Tout d'abord, elle suppose une séparation stricte et irrévocable des carrières en cours. L'indépendance du magistrat ne peut être un état transitoire ou alternatif pour les magistrats. Soit il l'est totalement et durablement soit il ne l'est pas. Les passerelles entre le siège et le parquet doivent être rompues. Suppression redoutée par les parquetiers²³⁹⁵, un magistrat ne peut pas être pendant des années totalement indépendant pour basculer ensuite sous l'autorité du garde des sceaux ou inversement²³⁹⁶. L'indépendance exige un respect total qui ne peut pas être abandonné et récupéré, et cela à plusieurs reprises, au cours d'une carrière²³⁹⁷. Un esprit différent anime le siège et le parquet²³⁹⁸ ne disposant pas

²³⁹³ Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, Commission présidée par Pierre Truche, juillet 1997, p. 352 et s.

²³⁹⁴ M-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, thèse, Paris, LGDJ, 1967, p. 48-49.

²³⁹⁵ L'interdiction, envisagée par certains, de « passerelles » entre le siège et le parquet, qui permettent à un juge de devenir magistrat du parquet ou magistrat à l'administration centrale de la justice et *vice versa*, n'est pas une bonne idée ; de telles évolutions de carrière permettent, au contraire, aux magistrats d'acquérir une vision d'ensemble et de renforcer l'éthique et la déontologie communes », M. ROBERT, « Le parquet français et la « rumeur de Strasbourg » », *AJ Pén.*, 2016, p. 565.

²³⁹⁶ « Un juge c'est une éthique, une culture de la neutralité. C'est une posture qui s'entretient tous les jours. Je ne pense donc pas qu'il soit possible de passer de manière neutre d'une fonction à l'autre », G. CANIVET dans le rapport Outreau ; in. C. MIALOT, « La partie publique au procès pénal doit-elle être représentée par un magistrat ? », *D.*, 2009, p. 2497.

²³⁹⁷ P-A. IWEINS, « La réforme de la procédure pénale », *D. pénal*, n° 5, Mai 2006, entretien 1.

²³⁹⁸ « Un de ses notateurs fera remarquer à un moment où un passage au parquet le tentait que « l'état d'esprit d'un magistrat hiérarchisé lui manque ». Sa carrière étant ainsi verrouillée, il n'est pas étonnant qu'il soit un partisan de la séparation du siège et du parquet », D. SALAS, « *Juge*, récit de Marcel Lemonde », *Les cahiers de la justice*, 2020, p. 153.

des mêmes garanties statutaires. Cela participerait à la confusion sur l'indépendance ou non des magistrats. Elle exige un statut clair et fixe. Dès lors, le parquet ne bénéficiera plus de l'indépendance garantie par le Conseil supérieur de la justice, réservé au siège. Il demeure donc sous l'autorité du garde des sceaux seul comme il l'est actuellement²³⁹⁹. Sur ce point, rien ne change pour le parquet. La connexion est rétablie entre le parquet et le pouvoir politique, jusqu'ici troublée par la quête effrénée de l'indépendance à son égard créant ainsi des troubles et de la défiance. Sortir le parquet du périmètre du CSJ permet de redonner à ce lien tout son sens pour le parquet et une cohérence essentielle pour la magistrature. Il deviendrait un corps « vraiment spécial »²⁴⁰⁰ et distinct du siège.

Partant de ce lien retrouvé, la dépendance en découlant peut prendre différents sens. La dépendance statutaire n'induit pas automatiquement une soumission des magistrats au pouvoir politique. En revanche, il est plus juste d'évoquer et souhaitable qu'il puisse disposer d'une certaine autonomie du pouvoir politique. À l'heure actuelle, l'interdiction des instructions individuelles²⁴⁰¹ par le garde des sceaux est une garantie d'autonomie fonctionnelle du parquet. La formation parquet du CSM tentait de donner une indépendance statutaire. Il faut, au contraire, garantir une autonomie statutaire en phase avec la dépendance. Elle doit être un état clairement annoncée et revendiquée pouvant être modulée. La seule autonomie fonctionnelle n'entraîne pas l'autonomie statutaire comme cela a pu être envisagé pour l'indépendance. Pour un gain de clarté évident en poursuivant cette stricte séparation, le parquet ne doit pas être associé au CSJ. Pour gagner en autonomie, le parquet peut aussi se doter d'organes comprenant des magistrats et permettant d'assister le garde des sceaux pour la nomination et la discipline. L'éphémère commission consultative du parquet²⁴⁰² avec des pouvoirs élargis à la discipline, peut remplir ce rôle d'assistance ; totalement déconnectée du Conseil. Ainsi, le garde des sceaux ne serait pas isolé dans sa prise de décision permettant une autonomie statutaire pour le parquet sans tomber dans une vaine recherche d'indépendance. Par ce mécanisme, le parquet ne

²³⁹⁹ « Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. A l'audience, leur parole est libre », Art. 5, Ordonnance n°58-1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11556.

²⁴⁰⁰ M-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, thèse, Paris, LGDJ, 1967, p. 253.

²⁴⁰¹ Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, JORF n°0172 du 26 juillet 2013, p. 12441.

²⁴⁰² Loi organique du 25 février 1992 modifiant l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 29 février 1992, p. 3086.

retombe pas dans une soumission qui serait dépassée à présent. Il est dépendant statutairement tout en bénéficiant d'une autonomie, qui peut être assez large²⁴⁰³.

Les parquets européens sont assez variés entre le parquet espagnol sous influence, le parquet autonome néerlandais ou le parquet italien pleinement intégré dans le pouvoir judiciaire²⁴⁰⁴. Sans le faire tomber dans un statut de fonctionnaire comme en Allemagne²⁴⁰⁵ qui prévoit un pouvoir judiciaire²⁴⁰⁶, le parquet français nécessite une liberté malgré tout acquise et qui est induite par le statut de magistrat. Le statut de fonctionnaire annihile une réelle autonomie fonctionnelle. Retirer au parquet un semblant d'indépendance est déjà difficile bien que cela soit nécessaire. Il faut éviter de lui retirer en plus une autonomie fonctionnelle qui est bien réelle en revanche. En demeurant magistrat tout en marquant clairement sa différence avec les juges, les magistrats du parquet conservent des droits acquis en adéquation avec leur statut et leur nature.

La séparation entre le parquet et le pouvoir judiciaire suppose une redéfinition de leurs rapports. Ce parquet autonome, séparé du pouvoir judiciaire, ne devient pas un corps étranger au siège, pire un ennemi. Si les juges sont le cœur du pouvoir judiciaire, le parquet demeure un partenaire privilégié. Il contribue à maintenir l'institution judiciaire qui les liera toujours. La formation commune des futurs magistrats du parquet et des juges soutient cette idée de partenariat et d'échanges entre les deux. Le parquet ne devient pas un sous-magistrat par la dépendance et le siège un sur-magistrat par l'indépendance. Chacun est magistrat avec un statut en adéquation avec sa nature et ses missions. Seul le juge est indépendant et considéré comme « juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » au sens conventionnel²⁴⁰⁷. Le parquet « à la Française » tel que critiqué n'existe plus ; tantôt indépendant, tantôt dépendant

²⁴⁰³ J-Y. le BORGNE, *Changer la justice*, Paris, PUF, 2017, p. 71.

²⁴⁰⁴ P. MILBURN, K. KOSTULSKI, D. SALAS, *Les procureurs : entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, Paris, PUF, Droit et justice, 2010, p. 160 – 215.

²⁴⁰⁵ « Il faut avouer que ces cas spectaculaires ne sont pas dus à la structure hiérarchique du Parquet, mais seulement au fait que dans quelques *Länder* ainsi qu'au niveau fédéral, le Procureur Général (*Generalstaatsanwalt/Generalbundesanwalt*) a le statut de « fonctionnaire politique », c'est-à-dire d'un fonctionnaire dont tout comportement doit être conforme à la politique du ministre supérieur (ici le ministre de la justice). Par conséquent, seuls les fonctionnaires politiques peuvent être révoqués sans cause. La plupart des *Länder* ont décidé de supprimer le statut de fonctionnaire politique, tout en maintenant le droit de donner des instructions externes et internes. Il faut donc bien distinguer ces deux questions. », T. GAS, « Le statut du Parquet en République fédérale d'Allemagne », *Arch. Po. Crim.*, 2004, n°26, p. 196.

²⁴⁰⁶ « Le pouvoir de rendre la justice est confié aux juges ». Seuls « les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi », art. 92 et 97, Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, mise à jour en Novembre 2012, p. 90 et 93.

²⁴⁰⁷ Art. 5§3, CEDH.

statutairement ou fonctionnellement. En exprimant l'impossibilité d'être indépendant en consacrant sa dépendance, les controverses à son sujet n'existent plus.

Une telle révolution statutaire doit s'accompagner d'une réforme procédurale en profondeur. Avec la consécration de sa dépendance, le parquet ne peut valablement pas poursuivre l'ensemble de ses missions actuelles, à commencer par le contrôle de la privation de liberté comme en garde à vue. Puisqu'il est revenu à l'essence de sa nature, il doit par la même retrouver l'essence de ses fonctions ; veiller à l'application de la loi et à l'exercice des poursuites²⁴⁰⁸. Les missions qui posent tant de difficultés pour la CEDH devront être assurées par un juge du pouvoir judiciaire. Le juge d'instruction, souffrant de la place grandissante du parquet en matière d'enquête allant jusqu'à s'interroger sur sa suppression à son profit²⁴⁰⁹, pourrait récupérer ces compétences. La suppression du juge d'instruction prévoyant un transfert de ses compétences en matière d'enquête vers un parquet imparfaitement indépendant n'aurait pas été très heureuse et aurait posé problème au niveau statutaire²⁴¹⁰. Le parquet doit se recentrer

²⁴⁰⁸ L'article 31 du Code de procédure pénale dispose que « Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. ». Néanmoins, ses missions vont bien au-delà, elles se sont amplifiées à partir de cette définition par nature générale.

²⁴⁰⁹ V. par ex. : A. CADIOT-FEIDT, « Quelques réflexions relatives à la suppression du juge d'instruction », *Gaz. Pal.*, 21 avril 2009, p. 8 ; « Celle-ci a eu des effets collatéraux imprévus en ce qu'elle a ouvert un débat très polémique sur l'indépendance du parquet, censé à la suite de cette réforme se substituer au juge d'instruction dans le traitement des affaires les plus lourdes et les plus sensibles », B. THOUZELLIER, « Du juge d'instruction... au parquet, les surprises de la réforme de la procédure pénale ! », *Gaz. Pal.*, 25 janv. 2011, p. 17 ; « Techniquement, le comité vient pour achever un long processus : la suppression *de jure* du juge d'instruction couronnerait sa suppression *de facto* d'ores et déjà partiellement réalisée (on avance, souvent, que ce sont désormais moins de 5 % des affaires qui donnent lieu à l'ouverture d'une information). Depuis des années, en effet, le point d'équilibre de notre procédure a été déplacé : tout converge, désormais, vers le parquet. », P. CONTE, « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *D. Pénal.*, n°6, juin 2009, étude 11. ; « Le troisième moyen est évidemment la création du JEL (juge de l'enquête et de la liberté). Voulu comme le contrôleur du parquet, il constituerait le merveilleux contrepoids, supposé efficace puisqu'il est un juge indépendant. Certes... Mais que pourra contrôler un juge qui n'interviendra que ponctuellement, à l'occasion d'une demande du parquet ou d'une partie, qui n'aura qu'une connaissance superficielle d'un dossier qu'il n'a pas constitué lui-même, contrairement au juge d'instruction ? L'enquête ne sera pas vraiment indépendante. Et le maître en restera bien le parquet. La défense ne sera pas gagnante. », J. PRADEL, « La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur code de procédure pénale », *D.*, 2010, p. 1293 ; C. LAZERGES, « Le rapport Léger : analyse des propositions », *AJ pénal*, 2009, p. 385 ; « La première difficulté découle de la toute-puissance du procureur et de deux questions qu'elle soulève. La première question est celle qui a été posée en France à la suite de la première décision Medvedyev liée à l'indépendance du procureur », C. MAURO, « La suppression du juge d'instruction : éléments de droit comparé », *AJ pénal.*, 2010, p. 433.

²⁴¹⁰ « Toutes les investigations seraient conduites sous la direction du ministère public. Le parquet ainsi que la police judiciaire mèneraient les investigations « à charge et à décharge ». Le comité n'est, en revanche, pas favorable à la rupture du lien entre parquet et pouvoir exécutif et souhaite maintenir le statut actuel des magistrats du parquet. », W. ROUMIER, « Remise du rapport Léger sur la justice pénale », *D. pénal.*, n°9, septembre 2009 ; « La suppression du juge d'instruction revient à confier exclusivement au parquet la conduite des enquêtes pénales. Conduire une enquête impose souvent, sinon presque toujours, à un moment donné, d'avoir recours à des mesures attentatoires aux libertés. Or, malgré une reconnaissance constitutionnelle comme autorité judiciaire, le statut du parquet ne lui permet pas d'assumer pleinement la fonction de garant du respect des libertés individuelles, confiée également à l'autre branche de l'autorité judiciaire, les juges du siège, qui en devient duale. », T. MEINDL,

sur la raison de son existence pour ne pas empiéter sur le périmètre des juges ; facteur supplémentaire de confusion et de défiance d'un procureur agissant à la place d'un juge ou comme un juge. À nouveau, la clarté doit se dégager des fonctions attribuées au parquet en adéquation avec son statut.

« Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction », *RSC*, 2010, p. 395 ; « En somme, cette décision du prince de faire passer ce petit pois à la casserole conduit à substituer le parquet à un juge indépendant, garant de l'égalité des citoyens devant la loi pénale et d'une justice sereine dans la conduite des affaires criminelles et des délits les plus sensibles et les plus complexes; le parquet, c'est-à-dire à des magistrats « à l'autonomie tempérée par la règle hiérarchique » (*sic*), en clair, dépendants du pouvoir exécutif, dont la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'ils ne sont pas une autorité judiciaire. », F. ROME, « Disparition programmée du petit pois le plus puissant de France... », *D.*, 2009, p. 73.

Conclusion titre 2 : Une nouvelle approche de la magistrature par un retour à sa nature

La magistrature à la « française » est l'expression d'une magistrature qui dysfonctionne où le parquet, par essence dépendant, obtient une forme imparfaite d'indépendance. Bien loin d'un quelconque effet positif, cette indépendance entraîne la défiance à l'égard de toute la magistrature. Le résultat est l'opposé de l'effet que doit produire l'indépendance. Cette situation exige une transformation en profondeur de la magistrature. Le siège doit devenir réellement indépendant et le parquet redevenir dépendant pour éviter les confusions dommageables aux deux. En somme, ils doivent se réapproprier un statut qu'ils auraient toujours dû avoir et qu'ils ont perdu ; le siège était devenu dépendant au XIX^{ème} siècle et le parquet indépendant au XXI^{ème} siècle. Ce mélange des genres a donné naissance à une magistrature particulière et paradoxale. Tout l'enjeu de cette transformation est de sortir de ce paradoxe pour garantir la légitimité réelle de la magistrature en enrayant une défiance galopante à son encontre. La magistrature française s'est conformée à la plupart des standards internationaux en matière d'indépendance, en étant même parfois précurseur.

Malgré tout, une défiance subsiste remettant le système entier en cause. La persistance du pouvoir politique dans la magistrature et sa remise en cause concomitante crée une confusion. Il exprime que la magistrature doit être indépendante tout en y restant présent. Cette ambiguïté est critiquée par les juridictions européennes qui remettent en cause le modèle français entraînant une volonté quasi unanime d'y remédier. Néanmoins, l'approche de l'indépendance est erronée et ne peut pleinement s'épanouir. Considérer que la magistrature est toujours une autorité procédant du pouvoir politique est une erreur. S'entêter sur la seule réforme du parquet est une faute. Ne pas voir ou ne pas vouloir voir, au-delà de la seule indépendance du parquet mettant en péril ce pouvoir émergent, lui est fatal.

Le parquet ne peut pas être indépendant. Le siège doit l'être pleinement. La magistrature actuelle ne permet pas de raisonner et de la concevoir sous cet angle. Elle ne permet qu'une indépendance plus ou moins parfaite pour le siège et plus ou moins imparfaite pour le parquet. Elle ne peut en aucun cas faire mieux. La magistrature doit être totalement repensée, c'est une nécessité.

Conclusion partie 2 : Un changement de paradigme vital

La soumission de la magistrature au pouvoir politique au XIX^{ème} siècle aboutit à une crise de cette dernière. L'indépendance s'est progressivement opposée à la dépendance pour finir par s'imposer comme le principe cardinal de la magistrature, avec lequel elle doit forcément composer. Elle a permis à la magistrature de sortir de la domination du pouvoir politique en restreignant fortement son emprise sur elle et en permettant aux magistrats de prendre en main le contrôle de leur corps. Elle est devenue aussi indépendante que possible ; s'interrogeant même sur l'indépendance du parquet pour parfaire cette indépendance. Aussi impressionnante et efficace soit-elle, la progression de l'indépendance est intrinsèquement limitée par la conception même de la magistrature. Elle est débarrassée des entraves du pouvoir politique, de son contrôle et de sa domination. Néanmoins, le pouvoir politique est toujours présent au sein de la magistrature, car elle est toujours attachée à lui, comme une autorité judiciaire. La magistrature à « la Française » avec son ultime réflexion sur l'indépendance du parquet est l'aboutissement de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Le paradoxe de l'indépendance dans un lien de dépendance est poussé à son paroxysme, quitte à perdre ses propres repères. L'ambiguïté née de ce paradoxe insoluble en l'état contrecarre l'effet de l'indépendance. Conçue pour légitimer la magistrature, elle produit l'effet inverse par une défiance massive à son égard. Ce constat doit amener à s'interroger sur la viabilité de la magistrature actuelle, sur l'effet limité de l'indépendance.

À force d'instaurer et de pérenniser des mécanismes d'indépendance, l'autorité judiciaire a progressivement disparu pour laisser place à un pouvoir, sans pour autant que ce basculement soit réellement consacré ou même aperçu. L'imbroglio autour du parquet et de son indépendance détourne toute la réflexion sur la conciliation entre le pouvoir politique et la magistrature, à travers le concept d'autorité. Le syndicalisme et la communication institutionnelle démontrent que la magistrature est émancipée du pouvoir politique jusqu'à s'y opposer et s'imposer face à lui. La magistrature peut gagner son rapport de force avec le pouvoir politique. Elle ne peut plus être et n'est plus une autorité par ce seul exemple. Elle est un pouvoir qui n'est pas encore reconnu et qui ne dispose pas des compétences adéquates. Le pouvoir politique ne propose qu'une solution faite pour une autorité. La magistrature se retrouve bloquée dans ses propres contradictions ; entre une recherche d'indépendance totale vouée à l'échec et une dépendance réduite à sa plus simple expression mais toujours présente. Rester dans cette conception d'autorité reviendrait à voir la défiance grandir jusqu'à ce que la magistrature ne soit plus légitime. Il est vital de changer les fondements et la conception de la

magistrature dans laquelle l'indépendance pourrait produire son plein effet. Le terreau pour la consécration d'un pouvoir est fertile, les mécanismes d'indépendance ont joué leur rôle. Ils ont créé un pouvoir sans le nom ni l'ensemble de ses attributs. Un processus de légitimation, par l'indépendance et ses mécanismes, s'est déclenché pour permettre l'émergence d'un pouvoir²⁴¹¹. Puisque l'autorité judiciaire, gouvernée par la dépendance ou l'indépendance n'est pas viable et emporte la défiance de la magistrature. La seule possibilité est de définitivement abandonner la conception d'autorité déjà morte. Seul le pouvoir peut permettre à l'indépendance de s'épanouir et de faire assoir la légitimité de la magistrature en garantissant son indépendance aux justiciables pour qu'elle reçoive en retour leur confiance. Le pouvoir politique, élément central dans l'autorité judiciaire, doit être expulsé de la magistrature en tant que pouvoir. Le paradoxe ne pouvant être résolu, il convient de le dépasser. Les mécanismes d'indépendance ont poussé la magistrature à repousser ses propres limites, sans succès. L'autorité judiciaire n'est pas le système idoine pour la magistrature, celui dans lequel l'indépendance s'inscrit le mieux alors qu'il est le principe garantissant sa légitimité. Le changement est inévitable et vital pour que la magistrature redevienne pleinement légitime, chassant au loin les spectres de la dépendance et le silence assourdissant entourant les soupçons à son encontre. La défiance est un mal qui ne peut plus être ignorée, il faut l'affronter et y remédier.

La question de l'indépendance de la magistrature est toujours aussi brûlante d'actualité. La nomination, le 6 juillet 2020, d'Éric Dupond-Moretti au poste de garde des sceaux est révélatrice de l'insoluble paradoxe et des tensions qu'il exerce. Avocat pénaliste de renom et essayiste, Maître Dupond-Moretti démontrait une hostilité explicite contre certains voire tous les magistrats²⁴¹² et l'ENM qui forme des magistrats « qui détestent et méprisent les avocats [...] entraînant une bureaucratie judiciaire, un corporatisme, un mouvement panurgique »²⁴¹³.

Ce même Dupond-Moretti, lors de la passation de pouvoir au ministère de la Justice le 7 juillet, disait qu'il ne « faisait la guerre à personne »²⁴¹⁴. Cette petite phrase est une réponse directe à l'Union syndicale de la magistrature, syndicat d'ordinaire modéré, qui déclarait 30 minutes

²⁴¹¹ F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 353 – 435.

²⁴¹² V. VERGNAUD, « Dupond-Moretti, grand critique des magistrats et de la justice en France, devient garde des Sceaux », *Le Journal du Dimanche*, 6 juillet 2020.

²⁴¹³ M. BABONNEAU, « Me Dupond-Moretti répond rudement au directeur de l'École nationale de la magistrature », *D. actu.*, 15 septembre 2017.

²⁴¹⁴ « «Je ne fais de guerre à personne», répond Eric Dupond-Moretti aux magistrats », *Le Figaro*, 7 juillet 2020.

après l'annonce de cette nomination « que c'était une déclaration de guerre »²⁴¹⁵ contre la magistrature. Elle s'oppose d'emblée et fait montre de ses plus grandes craintes à l'égard du nouveau garde des sceaux. La défiance contre le pouvoir politique gagne la magistrature, lasse de sa dépendance et prête à attaquer pour protéger et faire respecter son indépendance.

En troquant la robe d'avocat pour le costume de garde des sceaux, il doit remiser ses violentes critiques contre la magistrature et agir. Il porte un projet ambitieux concernant l'indépendance de la magistrature.

Ce projet passe, avant tout, par la reprise des projets de réforme du parquet des années 2010, en consacrant l'avis conforme du CSM pour la nomination des magistrats du parquet et sa pleine compétence en matière disciplinaire. Il veut « être le garde des sceaux qui portera enfin la réforme du parquet tant attendue en passant par le congrès »²⁴¹⁶. Au-delà de cette seule réforme, il prône par ailleurs la séparation du siège et du parquet pour une totale indépendance tout comme la suppression de l'ENM au profit d'une École de la justice commune avec les avocats²⁴¹⁷. Le Syndicat de la magistrature lui adresse dès sa prise de fonction un courrier lui demandant d'aller vers plus d'indépendance et de limiter les remontées d'informations²⁴¹⁸. En revanche, la Conférence nationale des procureurs de la République prévient le garde des sceaux en lui rappelant « son attachement indéfectible des membres du ministère public au corps de la magistrature et à l'existence de l'École nationale de la magistrature » tout en prenant bonne note de sa volonté d'une réforme statutaire du parquet²⁴¹⁹.

Néanmoins et assez rapidement après ses premières déclarations, le garde des sceaux est en contradiction avec sa volonté d'apaisement initiale envers les magistrats. D'une part, une enquête administrative est diligentée suite à un rapport de l'IGJ²⁴²⁰ sur le PNF et trois de ses magistrats. Ce rapport ne conclut pourtant pas à des fautes de ces magistrats²⁴²¹ contre lesquelles l'enquête est lancée. Cette affaire le concerne directement à travers ses anciennes fonctions d'avocat, pouvant mettre en lumière un potentiel conflit d'intérêt. D'autre part, le garde des sceaux prononce un discours²⁴²² sur l'ENM fustigeant sa frilosité à se moderniser,

²⁴¹⁵ Déclaration de l'USM à l'AFP sur la nomination d'Éric Dupond-Moretti, 6 juillet 2020.

²⁴¹⁶ « Eric Dupond-Moretti dessine sa feuille de route pour ses 600 jours au ministère de la justice », *Le Monde*, 7 août 2020.

²⁴¹⁷ P. JANUEL, « Éric Dupond-Moretti endosse le rôle de garde des Sceaux », *D. actu.*, 7 juillet 2020.

²⁴¹⁸ Syndicat de la magistrature, « Notre courrier au nouveau Garde des Sceaux », 8 juillet 2020.

²⁴¹⁹ Conférence nationale des procureurs de la République, Communiqué de presse en date du 7 juillet 2020.

²⁴²⁰ Inspection générale de la justice, *Inspection de fonctionnement d'une enquête conduite par le parquet national financier*, Rapport définitif, n° 069 – 20, Septembre 2020, 129 p.

²⁴²¹ P. JANUEL, « Inspection du PNF : un rapport mitigé », *D. actu.*, 15 septembre 2020.

²⁴²² Discours du garde des sceaux, ministre de la Justice, lundi 21 septembre 2020.

son corporatisme et sa culture d'entre soi. En remplacement de l'ancien directeur choisi au terme d'une procédure transparente²⁴²³, il propose la nomination de Maître Nathalie Roret, vice-bâtonnière du barreau de Paris, en dehors de cette procédure. Elle deviendrait la première directrice de l'ENM qui n'est pas issue de la magistrature.

La magistrature a fortement réagi à propos du PNF et de l'ENM. Concernant l'enquête sur le PNF et ses magistrats, le CSM ne tarde pas à réagir²⁴²⁴. Elle recadre le garde des sceaux en lui opposant son propre rôle constitutionnel de défense de l'indépendance. Concernant les déclarations sur l'ENM, l'USM et le Syndicat de la magistrature, par un texte²⁴²⁵ et une conférence de presse commune²⁴²⁶, s'opposent frontalement au garde des sceaux. L'ENM elle-même estime qu'elle est déjà une École d'ouverture et de dialogue en France et à l'international²⁴²⁷, balayant ainsi la critique d'entre soi et de corporatisme. Les Chefs de la Cour de cassation ont aussi fait part de leur inquiétude pour la magistrature après les propos du garde des sceaux²⁴²⁸.

Cette courte séquence est un exemple condensé de la relation nouvelle entre le pouvoir politique et la magistrature. Le garde des sceaux a critiqué par le passé et prend des positions actuelles contrariant la magistrature et les magistrats. La magistrature monte d'emblée au créneau, se défend et attaque même. Le rapport de force s'est clairement équilibré entre la magistrature et le pouvoir politique. Cet épisode est révélateur, une nouvelle fois, que la magistrature se comporte comme un pouvoir et s'adresse d'égal à égal avec le pouvoir politique.

²⁴²³ « Nomination du directeur de l'ENM : une procédure transparente », Ministère de la justice, 08 avril 2016.

²⁴²⁴ Communiqué du CSM, 18 septembre 2020.

²⁴²⁵ « Depuis plusieurs jours déjà, l'institution judiciaire est clairement attaquée par son sommet et celui qui devrait la protéger : le garde des sceaux ». Ils dénoncent le discrédit jeté sur l'ENM par l'usage « de ficelles grossières sur le corporatisme » disqualifiant ainsi la magistrature en mettant à mal la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la magistrature, USM, Syndicat de la magistrature, « Point de corporatisme, mais de la Démocratie », 22 septembre 2020.

²⁴²⁶ « Cette conférence de presse ce jour faisait suite à la rencontre avec Hélène Davo, conseillère justice du Président de la République, que nous avons alertée la veille sur l'ampleur du mouvement de colère des magistrats et la gravité de la crise institutionnelle au sein du ministère. Nous ne considérons plus le garde des Sceaux comme un interlocuteur et sommes désormais en attente des propositions du Président de la République », Conférence de presse commune organisée par l'USM et le SM, 1^{er} octobre 2020.

²⁴²⁷ Communiqué de Presse de l'ENM, Bordeaux, 21 septembre 2020.

²⁴²⁸ « Chantal Arens et François Molins : « Les magistrats sont inquiets de la situation dans laquelle se trouve l'institution judiciaire » », Le Monde, 29 septembre.

Conclusion générale : Le courage politique de dépasser le paradoxe

L'expression de « longue et difficile séparation entre justice et politique »²⁴²⁹ du Doyen Royer qui éclaire l'ensemble de ce travail de thèse peut, en toute humilité, être précisée. À la lumière des rapports entre le pouvoir politique et la magistrature depuis plus de 200 ans, cette longue et difficile séparation est en réalité impossible et sans fin à cause du paradoxe. La magistrature ne peut pas être réellement séparée du pouvoir politique tout en étant nommée par lui.

Même si une des réformes du parquet avait été adoptée, elle n'aurait rien changé au paradoxe. Le lien pouvoir politique et magistrature serait toujours présent. Cette relation, depuis la Révolution française, est pour l'instant une valse à trois temps qui en appelle un quatrième. Premier temps, le pouvoir politique soumet la magistrature en niant son indépendance. Deuxième temps, la magistrature sort un peu de sa soumission par des mécanismes d'indépendance mais reste étouffée par la dépendance au pouvoir politique. Troisième temps, la magistrature aussi forte soit-elle, grâce à l'indépendance, ne peut se défaire du pouvoir politique.

En mettant à part l'élection, la magistrature a été façonnée par l'arbitraire et la subjectivité du pouvoir politique. Elle n'est qu'un prolongement du pouvoir exécutif soumise à son bon vouloir. Elle est la plus homogène et la plus affaiblie possible pour être la plus contrôlable. Elle ne peut être que dépendante, ne bénéficiant même pas de la protection effective de l'inamovibilité. C'est le premier temps.

L'introduction théorique et concrète de mécanismes d'indépendance bouscule ce système discrétionnaire. L'introduction de l'objectivité dans le recrutement de la magistrature, de la compétence juridique et d'une garantie de carrière amène indéniablement un souffle nouveau. Cependant, le pouvoir politique s'organise pour les instaurer tout en minimisant leur impact. La magistrature demeure dépendante. C'est le deuxième temps.

À partir du milieu de XX^{ème} siècle, la magistrature va réellement intégrer ces mécanismes pour leur permettre d'atteindre leur plein potentiel. La magistrature va alors devenir infiniment plus indépendante du pouvoir politique. Cependant, le lien avec le pouvoir politique n'est pas rompu. La magistrature reste une autorité judiciaire, elle est à la fois indépendante tout en restant dépendante. Le résultat de deux siècles de dépendance, avec tous les progrès possible en matière

²⁴²⁹ J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, 3^e éd., Paris, PUF, 2001, p. 658.

d'indépendance, aboutit à une autorité judiciaire, dont la défiance des justiciables est son plus grand mal. Elle touche à sa légitimité. C'est le troisième temps.

Le quatrième temps, qui est à venir, est la reconnaissance explicite d'un pouvoir judiciaire par le pouvoir politique. Il doit se rendre compte de la situation actuelle de la magistrature, de ses rapports avec et du grave danger qu'un statu quo comporte. L'indépendance n'est pas un artifice pour faire plaisir à la magistrature. Elle n'est pas non plus un moyen pour affaiblir le pouvoir politique et transformer la magistrature en un tout puissant gouvernement des juges. Ce n'est pas son rôle comme le pointait Montesquieu en parlant de puissance nulle²⁴³⁰. La magistrature est un pouvoir, mais à part. Elle n'a pas vocation à être un pouvoir politique comme les deux autres. L'exemple des parlements obstruant la politique et précipitant la chute de l'Ancien Régime en est la preuve. Cette immixtion dans le politique ne convient pas à la magistrature. Son statut de pouvoir ne passe par cette voie. C'est justement parce qu'il doit être un pouvoir tout en se distinguant des deux autres que la question de la magistrature a posé et pose autant de problèmes.

L'enjeu est ailleurs et immensément plus important. L'indépendance réelle équilibre la relation de la magistrature avec le pouvoir politique faisant cesser le lien induisant le fait d'être une autorité judiciaire rattachée à lui. L'indépendance réelle est la consécration d'un troisième pouvoir, le pouvoir judiciaire.

Elle revêt une importance démocratique majeure pour la légitimité de la magistrature passant par la confiance des justiciables. Mais au-delà de la magistrature, le pouvoir politique est également la victime du maintien coûte que coûte de ce lien. Si la dépendance et la défiance à l'égard de la magistrature ébranlent une part de la démocratie, c'est la démocratie entière qui est touchée. Le pouvoir politique joue un jeu dangereux avec la magistrature et pour lui-même. L'indépendance réelle entrainerait un cercle vertueux engendrant une plus grande confiance dans la justice et une meilleure légitimité de l'un des trois pouvoirs. La légitimité est un état, la confiance un but et l'indépendance un moyen d'y parvenir.

Les parlements d'Ancien Régime et la magistrature actuelle partagent une soif d'indépendance dans laquelle ils s'épanouissent. Qu'elle soit dans une monarchie absolue ou dans une démocratie moderne, l'indépendance donne un souffle à la magistrature, une puissance que le pouvoir politique tente de contenir, sans succès. Malgré la soumission totale de la magistrature

²⁴³⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L.II, Chap. IV, 1748, Paris, Chez Mme Veuve Dabo, 1824, p. 30 et s.

au XIX^{ème} siècle, l'indépendance a finalement réussi à se frayer un chemin pour s'imposer de nouveau. Le pouvoir politique s'est incliné, de mauvaise grâce, face aux dégâts de la dépendance et la puissance de l'indépendance. La magistrature s'épanouit quand elle est indépendante. Une magistrature dépendante va à l'encontre de sa nature. Elle est faite pour être indépendante, et donc être un pouvoir.

Malgré la fusion plurimillénaire entre la justice et la politique, la magistrature doit être indépendante. Ce lien durable a fortement marqué la magistrature. Il est très difficile de le défaire. Le pouvoir politique a tenté jusqu'au bout de maintenir la dépendance et de la concilier avec l'indépendance, sans succès.

Le paradoxe ouvert par le Constituant en souhaitant une magistrature indépendante tout en maintenant un lien avec le pouvoir politique n'a jamais pu être valablement résolu. Il a très vite dérivé en soumission puis en impossible indépendance. La magistrature s'est battue pour son indépendance et se bat pour être reconnue à sa juste valeur. Désormais, c'est au pouvoir politique de prendre les mesures adéquates pour dépasser un paradoxe insoluble. Il doit avoir la lucidité et le courage de faire autrement.

Néanmoins, pour le bien de la magistrature, de la démocratie et du pouvoir politique lui-même, une transformation plus profonde sur l'indépendance, au-delà du seul parquet, est inéluctable. La crise de l'autorité judiciaire traduite par la magistrature « à la Française » doit être jugulée pour éviter de gangrener les autres pouvoirs. Plus elle tardera, plus la défiance sera grandissante, plus il sera difficile de redonner la confiance des justiciables dans la magistrature. Plus elle tardera, plus la légitimité de la magistrature s'amenuisera et sera compliquée à restaurer. Une telle révolution doit intervenir et le plus tôt possible. Elle est inexorable.

Après s'être efforcé pendant deux siècles de soumettre la magistrature puis de maintenir ce lien de dépendance, le pouvoir politique a une dette envers la magistrature et la démocratie par extension. Il a créé et laissé se développer un péril qui s'est révélé être mortel à long terme. D'abord, mortel pour la magistrature dont la défiance et l'illégitimité sont au plus haut puis mortel pour la démocratie car gangrenée par la défiance, découlant de celle de la magistrature, composante essentielle de la démocratie.

Sous prétexte de peur de la puissance des Parlements se hissant au rang de pouvoir, le pouvoir politique a plongé la magistrature dans un état contraire à ce qu'elle devrait être. Elle est faite pour être un pouvoir, certes différent des deux autres, mais un pouvoir tout de même. Maintenir ce lien de dépendance accrédite la thèse selon laquelle le pouvoir politique a toujours peur de

la magistrature et de son état de pouvoir. Elle est la raison originelle de ce lien et sa seule justification. La dépendance statutaire de la magistrature ne profite qu'au pouvoir politique sur cette base. Elle n'a pas d'autre raison d'exister.

La légitimité de la magistrature découle de la confiance des justiciables conférée par son indépendance du pouvoir politique. Le signal envoyé par le pouvoir politique est dramatique. Le maintien de la dépendance traduit l'absence de confiance du pouvoir politique à l'égard de la magistrature, préférant alors garder un certain contrôle sur elle. Si le pouvoir politique n'a pas confiance en la magistrature, pourquoi les justiciables devraient l'être ? Si les représentants élus par les justiciables démontrent toujours une hostilité par action ou omission à l'indépendance réelle de la magistrature, les justiciables ne peuvent pas avoir réellement confiance. La confiance du pouvoir politique est indispensable pour gagner celle des justiciables.

Il est impératif que le pouvoir politique ait le courage de donner sa confiance en la magistrature. La reconnaissance explicite d'un pouvoir judiciaire distinct du pouvoir politique et la clarification de la position du parquet, à son égard, doit être ce gage de confiance. Elle est le prérequis à la confiance des justiciables. Elle serait un déclencheur vertueux pour la légitimation de la magistrature.

À défaut, le piège mortel conçu et maintenu par le pouvoir politique va finir par définitivement se refermer sur la magistrature, la démocratie et, in fine, sur lui-même. Le pouvoir politique dispose d'une cote de confiance assez faible et inférieure à celle de la justice, déjà très fragile²⁴³¹. Il ne peut pas se permettre de poursuivre dans cette voie.

La si pernicieuse défiance finira par tout emporter sur son passage, la magistrature et le pouvoir politique ensemble et sans distinction. Ils seront balayés comme deux pouvoirs, l'un depuis toujours affirmé, l'autre toujours ignoré. Seul le pouvoir politique a la capacité de mettre un terme à ce funeste destin. Il en a même le devoir.

²⁴³¹ Elle est passée de 44 à 28% entre mai 2008 et septembre 2019 pour les élus contre 63 à 53% pour la justice ; L'express n° 3565, semaine du 30 octobre au 5 novembre 2019, p. 22 – 34.

BIBLIOGRAPHIE

I - MANUELS, OUVRAGES GENERAUX ET TRAITES

AMBROISE-CASTÉROT C., BONFILS Ph., *Procédure pénale*, 2^e éd., Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2018, 432 p.

ANTONETTI G., *Histoire contemporaine politique et sociale*, 8^e éd., Paris, PUF, 1999, 640 p.

ARDANT Ph. et MATHIEU B., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 31^e éd., Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2019, 640 p.

ARISTOTE, *La Politique ou la science des gouvernements*, trad. en français d'après le texte collationné sur les manuscrits et les éd. principales par J. Barthélemy-Saint-Hilaire, 1874, 545 p.

BENTHAM J., *Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'Art et de Science*, Bossange frères, 1823, 239 p.

BENTHAM J., *Déontologie ou Science de la morale*, Vol. 1 et 2 , trad. Benjamin Laroche, Paris, 1834, 410 p.

BERGÉ J-S., COURBE P., *Introduction générale au droit*, 16^e éd. Mémentos, Dalloz, 2019, 169 p.

BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, coll. «La pensée juridique», Paris, LGDJ, 1998, 286 p.

CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2014, 542 p.

CARCASSONNE G., GUILLAUME M., *La Constitution*, 15^e éd., Paris, Points, 2019, 488 p.

CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, T.1, Paris, Sirey, 1920, 880 p.

CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., MAYER L., *Procédure civile*, 34^e éd., Précis, Dalloz, 2018, 1802 p.

CONSTANT B., *Cours de politique constitutionnelle*, 2^e éd., Paris, Librairie de Guillaumin, 1872, 636 p.

DESPORTES F. et LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, 4e éd., Paris, Economica, coll. Corpus Droit privé, 2015, 2460 p.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T. I et II, Paris, 1921, 620 p. et 730 p.

EINSEINMANN C., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles Leben, Paris, 2002, éd. Panthéon-Assas, 668p.

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., *Droit constitutionnel*, 22^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis Droit public, 2019, 1200 p.

GUINCHARD S. et BUISSON J., *Procédure pénale*, 12^e éd., Paris, LexisNexis, coll. Manuels, 2019, 1490 p.

HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, 40^e éd., LGDJ, Paris, 2019, 896 p.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, L. Larose et Forcel, 1893, 759 p.

HOBBS T., *Léviathan ou La matière, la forme et la puissance d'un état ecclésiastique et civil*, 1651, Dalloz, 1999, 780 p.

HENRION DE PANSEY P-P-N., *Œuvres judiciaires*, Paris, De Cosse et Delamotte, 1844, 811 p.

KANT E., *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit*, 1795, Vrin, Bibliothèque des Textes Philosophiques, 2011, 420 p.

LANGAVANT E. et ROUALT M.-C., *Contentieux administratif*, Paris, 1987, 359 p.

LHOMME D., G. DAVET, *Un président ne devrait pas dire ça*, Paris, Stock, 2016, 672 p.

LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*, 1690, éd. rev. et corr. exactement, sur la dernière de Londres, Chez Calixte Volland- libraire, Paris, 1802, 362 p.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Paris, Chez Mme Veuve Dabo, 1824, 564 p.

PAXTON R. O., *La France de Vichy 1940-1944*, Paris, Editions du Seuil, 1997, 475p.

- PERROT R.**, *Institutions judiciaires*, 17^e éd., Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2018, 528 p.
- PRADEL J.**, *Procédure pénale*, 20^e éd., Paris, Cujas, coll. Référence, 2019, 1130 p.
- RAWLS J.**, *Justice et démocratie*, traduit de l'anglais par C. Audard, P. de Lara, F. Piron, Editions du seuil, Paris, 1993, 385 p.
- ROUQUETTE R.**, *Petit traité du procès administratif*, 8^e éd., Praxis, Dalloz, 2018, 1802 p.
- ROUSSEAU J-J.**, *Du contrat social*, 1762, Flamamarion, 2011, 256 p.
- ROUSSELET M.**, *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, T. 1, Paris 1957, Plon, 448 p.
- ROUSSELET M.**, *Histoire de la magistrature des origines à nos jours*, T. 2, Paris 1957, Plon, 437p.
- ROYER J-P., JEAN J-P., DURAND B., DERASSE N., DUBOIS B.**, *Histoire de la justice en France*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016, 1296 p.
- TERRÉ F.**, *Introduction générale au droit*, 11^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2019, 710 p.
- TOQUEVILLE A. de**, *De la démocratie en Amérique*, 1835, T. 1 et 2.

II - OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

ALASSEUR A., *L'inamovibilité des juges et les constitutions françaises*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Larose, 1903, 142 p.

ALTHUSER L., *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1964, 128 p.

ATHARI E., *Quarante ans d'évolution de la démographie française : le vieillissement de la population s'accélère*, Portrait social, édition 2019 - Insee Références, 26 p.

ARLETTAZ J., BONNET J., *Pouvoirs et démocratie en France*, Questions Ouvertes, CRDP Languedoc-Roussillon, avril 2012, 198 p.

ASSELAIN J-C., *L'argent de la justice. Le budget de la justice en France de la Restauration au seuil du XXIe siècle*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2009, 552 p.

Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, *L'indépendance de la justice*, actes du deuxième congrès de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, Dakar, 7 et 8 novembre 2007, organisé par la Cour de cassation du Sénégal et par l'Organisation internationale de la francophonie, 229 p.

ASTRUC P., *Devenir magistrat aujourd'hui*, Paris, Lextenso, 2013, 192 p.

AUDRY J., *La professionnalisation du juge*, Thèse en droit, Université de Toulon, 2016, 665 p.

AYZAC C.-L. d', *De l'épuration et de la recomposition de la magistrature en France*, Paris, Le Normant, 1807, 47 p.

BAGOLINI L., *Justice et société*, traduit de l'italien par Emmanuel Rocher, Bibliothèque de philosophie comparée, Editions Bière, 1995, 259 p.

BALAUDE J-F., *Les théories de la justice dans l'Antiquité*, Paris, Collection 128, Nathan université, 1996, 128 p.

BANCAUD A., *La haute magistrature française entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, Paris, L. G. D. J., 1993, 301 p.

BARAQUIN Y., *Les Français et la justice civile*, Paris, La Documentation française, 1975, 275 p.

BARBICHE B., *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne - XVI^e-XVIII^e siècle*, Quadrige, PUF, 2012, 448 p.

BASQUIN E., *L'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille, Le Cateau, Impr. de J. Roland, 1899, 82 p.

BERCE Y-M, SOMAN A., *La justice royale et le parlement de Paris (XIV^e-XVII^e siècle)*, Extrait de la Bibliothèque de l'Ecole des Chartes, Ecole nationale des Chartes, 1995, 186 p.

BÉZART P., *Juger, mission impossible ? Cinquante ans de pratique et de réflexions*, Paris, Les Indes savantes, 2015, 349 p.

BIDET J., *John Rawls et la théorie de la justice*, Paris, Actuel Marx Confrontations, PUF, 1995, 146 p.

BILGER P., *Le mur des cons*, Paris, Albin Michel, 2019, 250p.

BODIGUEL J-L., *Les magistrats, un corps sans âme ?*, Paris, PUF, 1991, 296 p.

BOLLET-PONSIGNON A., *La notion de séparation des pouvoirs dans les travaux préparatoires de la Constitution de 1958*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1993, 72 p.

BONNIER M., *Du noviciat judiciaire*, librairie de la Cour de cassation, Paris, 1842, 40 p.

BORGNE J-Y. le., *Changer la justice*, Paris, PUF, 2017, 152 p.

BOUCHER P., *La révolution de la justice : des lois du roi au droit moderne*, Paris, J.-P. de Monza, 1989, 273 p.

BOUCOBZA I., *La fonction juridictionnelle : contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse de doctorat, Dalloz, 2005, 449 p.

BOURDIEU P., *la Noblesse d'État*, Paris, Éditions de minuit, coll. «le Sens commun », 1989, 569 p.

BOURE R., MIGNARD P., *La crise de l'institution judiciaire*, Paris, C. Bourgeois éditeurs, 1977, 253 p.

BRACONNAY N., *La justice et les institutions juridictionnelles*, La documentation française, 2019, 180 p.

BRONDEL S., FOULQUIER N., HEUSCHLING L., *Gouvernement des juges et démocratie / séminaire international organisé par Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc*

Heuschling ; sous le parrainage de Françoise Dreyfus, Jean Gicquel et Didier Maus, 13 novembre 1998-28 mai 1999 ; Centre de recherche de droit constitutionnel, Centre d'analyse comparative des systèmes politiques, 2001 , 373 p.

BUJARD H., *La faute professionnelle dans la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Dijon, Impr. De J. Bernigaud, 1914, 107 p.

CALLET A., *La magistrature impériale*, Londres, 1853, 49 p.

CANIVET G., JOLY-HURARD J., *La discipline des juges, judiciaires, administratifs et des comptes*, Paris, Litec, 2007, XIII, 220 p.

CAPPELLETTI M., *Le pouvoir des juges*, coll. « Droit public positif », Aix et Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 1990, 397 p.

CARBASSE J-M., *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, 333 p.

CARRE, *Traité des lois de l'organisation judiciaire*, Paris 1833, T.1, 474 p.

CARISH C., *De l'immovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Rousseau, 1909, 138 p.

CASAMAYOR L., *Les juges*, Paris, Le Seuil, 1973, 189 p.

CEDH, *L'autorité du pouvoir judiciaire*, Séminaire judiciaire 2018, Conseil de l'Europe, 26 p.

CHAILLÉ De NERÉ S., « Recherche sur la formation des auditeurs de justice à l'École nationale de la magistrature depuis 1959 », GIP mission droit et justice, 2000, 50 p.

CHARVIN R., *Justice et politique*, LGDJ, 1968, 542 p.

CHAUVAUD F. (dir.), *Le sanglot judiciaire. La désacralisation de la justice (VIIIe-XXe siècle)*, Paris, Éditions Créaphis, 1999, 240 p.

CHAZAL J., *Les magistrats*, Paris, Grasset, 1978, 307 p.

CHEVREAU E., GAUDEMET J., *Les institutions de l'Antiquité*, 8^e éd., Précis Domat, LGDJ, 2014, 544 p.

CLAUSEL DE COUSSERGUES J-C, *Considérations historiques sur les serments politiques, depuis 1789 jusqu'en 1830*, seconde édition augmentée de réponses à quelques objections, Paris, A. Pihan-Delaforest, 1834, 60 p.

COMMAILLE J., M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice, La Découverte/PACTE*, Paris, 2007, 328 p.

COUMOUL J., *Traité du pouvoir judiciaire de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique*, Paris, Larose et Tenin, 1895; 2^e éd., 1911, 501 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Le rôle du pouvoir judiciaire dans un État de droit*, actes table ronde des ministres de la Justice des pays d'Europe centrale et orientale, Varsovie (Pologne), 4 avril 1995, organisée par le Conseil de l'Europe en coopération avec le ministre de la Justice de la République de Pologne, Editions du Conseil de l'Europe, 1996, 126 p.

DANET J., *Mouvements et mobilités d'un corps, une étude des transparences au siège et au parquet (années 2015 et 2016)*, CSM, 2017, 238 p.

DARESTE P., *Traité de droit colonial*, Paris, Impr. du Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniales, 1931, 2 vol., XXIII-709p. ; XXIII-880 p.

DEBRE J-L., *La justice au XIX^{ème} siècle*, Paris, Editions Perrin, 1981, 224 p.

DEHESDIN M., *Etude sur le recrutement et l'avancement des magistrats*, 1908, 519 p.

DEJEAN J-L., *Étude historique et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Gagnebin, 1896, 116 p.

DELALOY G., *Le pouvoir judiciaire*, PUF, Droit et justice, 2005, 64 p.

DEPERCHIN A., DERASSE N., DUBOIS B. (mise en scène par), *Figures de justice : études en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, Lille, CHJ, 2004, 752 p.

DESJARDINS A., *Étude sur l'inamovibilité de la magistrature*, Paris, Pedone-Lauriel, 1880, 124 p.

DESPLAGNES A., *L'œuvre judiciaire de M^{tre} Crémieux, lettre à l'Assemblée Nationale et au gouvernement sur l'histoire de la justice et de la magistrature française pendant cinq mois et dix jours*, Félix Girard éditeur, Lyon, 1871, 114 p.

DEVEDJIAN P., *Le temps des juges : essai*, Paris, Flammarion, 1996, 248 p.

DEVILLE A., « Le Syndicat de la magistrature en France 1968-1988. Interprétation de la construction d'une action collective », thèse de doctorat, Sociologie, Université catholique de Louvain, 1992.

DRAPIER H., *La justice française en Algérie et l'inamovibilité*, Constantine, Impr. administrative et commerciale, 1891, 35 p.

DU BEUX J-C- M.G., *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Aix, Imprimerie de F.VITALIS, 1853, 69 p.

DUCOM L., *De l'inamovibilité de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Bordeaux, Impr. de Y. Cadoret, 1902, 170 p.

DUPÂQUIER J., *Histoire de la population française de 1789 à 1914*, Paris, PUF, 1988, 626 p.

DUPIN A-M-J-J., *Sur l'indépendance de la magistrature*, discours de rentrée à l'audience solennelle de la Cour de cassation, 3 novembre 1830, Paris, Impr. de E. Everat, 1830, 12 p.

DUPRAT G. (dir.), *Justice et politique*, Actes du Colloque tenu à l'I. E. P. de Strasbourg les 6, 7 et 8 avril 1973, Université des sciences juridiques, politiques et sociales, Colmar, Presses Universitaires d'Alsace, 1974, 262 p.

DURAND Y., *La discipline des magistrats*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Pedone, 1894, 249 p.

DUTRAIT-CROZON H., *La Justice républicaine*, Nouvelle Librairie 1924, 152 p.

ÉPINEUSE H., *Évaluation de la formation des magistrats en France et en Europe*, Institut des hautes études sur la justice, octobre 2008, 165 p.

GARAPON A. (dir.), *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, 184 p.

GAUCHET M., *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Gallimard, Paris, 1995, 288 p.

GEORGOPOULOS T., *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 44, 2005, 658 p.

GRANPRE-MOLIERE J-J, *La théorie de la constitution anglaise chez Montesquieu*, thèse, Publications historiques de l'Université de Leyde, 1972, 386 p.

ENGUÉLÉGUÉLÉ S., *La justice « en jeu »*, L'Harmattan, Paris, 2003, 243 p.

EYSSAUTIER L.A., *Réforme de la magistrature et de la procédure*, Deuxième édition, Lyon, Avril 1871, 92 p.

FARCY J-C., *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours. Trois décennies de recherches*, Paris, PUF, Collection Droit et justice, 2001, 494 p.

FARCY J-C., *Les carrières des magistrats (XIX^{ème}-XX^è siècles) : annuaire rétrospectif de la magistrature*, Centre Georges Chevrier, UMR 5605 Université de Bourgogne, GIP Mission de recherche Droit et Justice, Juin 2009, 211 p.

FARCY J-C., *Magistrats en majesté, les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^è-XX^e siècles)*, Centre d'histoire de la France contemporaine, Université Paris X Nanterre, 1996, 793 p.

FILLON C., BONINCHI M., LECOMPTE A., *Devenir juge ; mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, Paris, PUF, 2008, 302p.

FOYER J., *Histoire de la justice*, Que sais-je, n° 137, PUF, 1996, 128 p.

FREGIER C., *De l'inamovibilité judiciaire en Algérie par un magistrat algérien*, Sétif, Impr. De Ve Vincent, 1862, 42 p.

FUZIER-HERMAN E., *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, 625 p.

GABORIAU S., PAULIAT H. (dir.), *L'éthique des gens de justice. Actes du colloque des 19 et 20 octobre 2000*, PULIM, Entretiens d'Aguesseau, 2002, 228 p.

GABORIAU S., PAULIAT H., *Justice et démocratie : actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002*, actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002 / Entretiens d'Aguesseau, 2003, 535 p.

GARAPON A., *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Paris, O. Jacob, 1996, 281 p.

GARAPON A. (dir.), *Les juges. Un pouvoir irresponsable ?*, Paris, Justement, Nicolas Phillipe, 2003, 235 p.

GARAPON A., (dir.). *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, VII-184 p.

GARAPON A., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, O. Jacob, 2010, 351 p.

- GARNOT B.**, *La justice en France de l'an mil à 1914*, Nathan Université, 1993, 128 p.
- GARNOT B.**, *Justice et société en France aux XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles*, Collection Synthèse & Histoire, Gap, Ophrys, 2000, 250 p.
- GARNOT B.**, *Histoire de la justice, France, XVIe-XXIe siècle*, Paris, Folio Histoire n° 173, Gallimard, 2009, 789 p.
- GARNOT B., LEMESLE B.** (dir.), *La justice entre droit et conscience du XIIIe au XVIIIe siècle*, Dijon, Histoires, EUD, 2014, 217 p.
- GAUCHET M.**, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Gallimard, Paris, 1995, 288 p.
- GOASDOUE P.**, *L'impartialité du ministère public*, Paris, Bibliothèques de droit, L'Harmattan, 2018, 253 p.
- GODECHOT J.**, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, PUF, 1968, 789 p.
- GILET N.**, *Analyse des circulaires, instructions et décisions émanées du ministère de la justice*, Paris, Impr. Et libr. Générale de jurisprudence, T.1 et 2, 1876, 577 p.
- GRELLEY P.**, *Les Français et la justice : jugements et attentes : enquête , mission de Recherche Droit et Justice , " Lettre trimestrielle d'information du GIP "Mission de Recherche Droit et Justice"*, novembre 1997, 12 p.
- GUARNIERI C., PEDERZOLI P.**, *La puissance de juger, Pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, Michalon, 1996, 208 p.
- GUIZOT F.**, *Des conspirations et de la justice politique*, Paris, Librairie française de l'avocat, 1821, 119 p.
- HAENEL H., FRISON-ROCHE M.-A.**, *Le juge et le politique, les nouvelles règles du jeu*, Paris, PUF, 1998, 265 p.
- HAKKI ELDEM S.**, *Le statut des magistrats. Recrutement*, thèse de doctorat, Droit, Paris, F. Loviton, 1940, 164 p.
- HELSINKI FONDATION FOR HUMAN RIGHTS**, *Disciplinary proceedings against judges and prosecutors*, Warsaw, February 2019, 11 p.

HENRION DE PANSEY P-P-N., *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, T. Barrois père, 1818, 587 p.

HIPPEL G. von., *La séparation des pouvoirs dans les communautés européennes*, thèse, Univ. Nancy, 1965, 128 p.

HIVER DE BEAUVOIR A., *Histoire critique des institutions judiciaires de la France de 1789 à 1848*, Paris, Joubert, 1848, 640 p.

HOUAREAU-DODINAU J., TEXIER P., *Pouvoir, justice et société*, actes des XIXèmes Journées d'histoire du droit 9- 11 juin 1999, cahiers de l'institut d'Anthropologie Juridique n°4, Presses universitaires de Limoges, 600 p.

HOURQUEBIE F., *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 678 p.

HOURQUEBIE F., *Le Pouvoir juridictionnel en France*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2010, 216 p.

HUGO V., *La servilité de la magistrature impériale sous le despotisme de Napoléon le Petit*, Londres, Jeffs, 1871, 24 p.

HUMBERT M., KREMER D., *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Précis, Dalloz, 12^e éd., 2017, 608 p.

I.S.P.E.C., *Les juges [Texte imprimé] : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille du 5-6 mai 2000, 244 p.

JEANCLOS Y., *La justice pénale en France – Dimension historique et européenne*, Paris, Méthodes du droit, Dalloz, 2011, 225 p.

JEANVROT V., *La question du serment*, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1882, 107 p.

JEANVROT V., *La magistrature. I. L'inamovibilité sous l'ancienne monarchie, sous la Révolution et depuis le dix-huit brumaire. II. La justice du pays par le pays, suivi des Considérations sur le pouvoir judiciaire de Charles Comte*, Paris, A. Cotillon et A. Marescq, 1882-1883, 2 vol, 234 p., 231 p.

JOLY-HURARD J., *La déontologie du magistrat*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 3^e éd., 2014, 220 p.

Judges for judges, *Matters of Principle Codes on the independence and impartiality of the judiciary*, de Rectspraak, edited by Tamara Trotman, 2014, 226 p.

JUGNOT G., *Histoire de la justice française - De l'époque franque à nos jours*, Ellipses, 2011, 190 p.

KERBAOL G., *La responsabilité personnelle des magistrats de l'ordre judiciaire*, Montpellier I, vol.1 et 2, 2003, 669 p.

Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la Magistrature, Association française pour l'histoire de la justice, Collection histoire de la justice N° 12, Paris, La Découverte, 2000, 289 p.

KRYNEN J., *L'élection des juges, études historiques française et contemporaine*, Paris, PUF, 1999, 279p.

KRYNEN J. RAIBAUT J. (dir.), *La légitimité des juges*, actes du colloque des 29-30 octobre 2003, UT1, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2003, 224p.

KRYNEN J., *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, 336 p.

KRYNEN J., *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, 429p

KRYNEN J. et J-C. GAVEN (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIXe – XXe siècles)*, Etudes d'histoire du droit et des idées politiques n°17, Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, 551 p.

La place de l'autorité judiciaire dans les institutions, colloque sous l'égide de la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2016, 240 p.

LAFERRIERE M.E., *Les constitutions d'Europe et d'Amérique*, Paris, Cotillon Librairie du Conseil d'Etat, 1869, 805 p.

LALLEMAND P., *Le recrutement des juges*, thèse de doctorat, Droit, Paris, Loviton, 1936, 176 p.

LAMBERT E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. préf. F. MODERNE, Dalloz, 2005, 276 p.

LA ROCHE FLAVIN B. de, *treize livres des parlemens de France*, Liv. VI, Chap. II., 1621

« **La séparation des pouvoirs** », *Pouvoirs*, n°143, novembre 2012, 202 p.

LEBIGRE A., *La justice du roi : la vie judiciaire dans l'ancienne France*, L' aventure humaine, Albin Michel, Paris, 1988, 316 p.

LENOBLE J. (dir.), *La crise du juge*, coll. Travaux du Colloque du Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain , Louvain et Paris, L.G.D.J., 1991, 171 p.

LENTZ T. (dir), *Napoléon et le droit : droit et justice sous le Consulat et l'Empire : actes du colloque de La Roche-sur-Yon, 14-16 mars 2017*, CNRS Editions, 2017, 285 p.

LE POGAM M., *Le Conseil supérieur de la magistrature*, Paris, Lexis Nexis, 2014, 200 p.

Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Draï, Paris, Dalloz, 2000, 708 p.

LEUWERS H., *La Révolution française*, Quadrige Manuels, Paris, PUF, 2020, 408 p.

L'indépendance de la magistrature en France et en Italie. Actes du colloque des 3 et 4 avril 1998, organisé par le Centre d'études juridiques comparées et le Centre de recherches italiennes de l'Université de Paris 10 Nanterre, Paris, Dalloz ; Versailles, Revue Juridique des Barreaux, 1999, 223 p.

LORGNIER J., MARTINAGE R., ROYER J-P., *Justice et république(s)*, colloque, Lille, septembre 1992, organisé par le Centre Georges Chevrier pour l'histoire du droit et le Centre d'histoire judiciaire, 1993, 382 p.

LOYSEAU C., *Cinq livres du droit des offices*, Paris, 1613, 1009 p.

D. LUDET, D. ROUSSEAU, « La justice : un pouvoir de la démocratie », Terra Nova, 2011, 112 p.

MANGIN J., *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Nève, Paris, 1837, T.1, 672 p.

MASSON G., *Les juges et le pouvoir*, Paris, A. Moreau, Syros, 1977, 496p.

MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2012, 160 p.

MATHIEU B., *Justice et politique : la déchirure ?*, Paris, LGDJ, 2015, 192 p.

MATHIEU C., *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Université Montpellier, 2015, 547 p.

MEKKI M., *La féminisation des métiers de la justice*, Paris, Mission de recherche droit et justice, 2010, 201 p.

MILBURN P., KOSTULSKI K., SALAS D., *Les procureurs : entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, Paris, Droit et justice, PUF, 2010, 238 p.

MONZIE A. de, *Grandeur et servitude judiciaires*, Paris, éd. Kra, 1931, 205 p.

NADAULT DE BUFFON H., *Le magistrat (1840-1879)*, Paris, 1866, 39 p.

NORDHOFF C., *Politics for young americans*, New York, Harper and Brothers publishers, 1876, 259 p.

OBERTO G., *Recrutement et formation des magistrats en Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, 2003, 170 p.

ODIN E., *La grande prostituée, dossier de la magistrature*, Paris, Impr. Au Voleur, 1891, 275 p.

OLIVIER-MARTIN F., *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, éd. Domat Montchrestien, Deuxième tirage, 1951, 763 p.

PARIENTE A. (dir), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Actes de la journée d'études organisée le 22 avril 2005 à Agen par l'Association française de droit constitutionnel et le Centre d'études et de recherches comparatives sur les constitutions, les libertés et l'Etat (CERCACLE) de l'université Montesquieu-Bordeaux IV, 2007, 153 p.

PAUTI M., *Les magistrats de l'ordre judiciaire*, thèse de doctorat, Droit, Paris 2, 1974, 503p.

PIRARD G., *L'inamovibilité de la magistrature et nécessité de la maintenir*, Paris, Marchal et Billard, 1879, 58 p.

PLUEN O., *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2011, 990 p.

POULAIN J. (dir.), *Qu'est-ce-que la justice ? : Devant l'autel de l'histoire*, actes du colloque, Dresde, 6 au 10 décembre 1993, La philosophie hors de soi, 1996, 288 p.

PREVOST-PARADOL M., *La France nouvelle*, Paris, Michel Levy Frères, 1868, 423 p.

RASSAT M-L., *Le ministère public entre son passé et son avenir*, thèse, Paris, LGDJ, 1967, 285 p.

RENOUVIER C., *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, 1848, 324 p.

RENOUX T. (dir.), *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe: actes de la table ronde internationale du 14 septembre 1998*, Documentation française, 1999, 319 p.

RENOUX T., *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe. Actes de la table ronde internationale du 14 septembre 1998*, Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université de droit, d'économie et de science politique d'Aix-Marseille 3 ; Institut d'études juridiques ibériques et ibéro-américaines ; Mission de recherche Droit et justice, Paris, la Documentation française, 2000, 319 p.

RICOEUR P., *Le juste*, Philosophie, Editions Esprit, 1995, 221 p.

RIGAUX F., *La loi des juges*, Odile Jacob, Paris, 1997, 319 p.

ROBERT D., *La Justice ou le chaos*, Stock, 1996, 347 p.

ROJAS-HUTINEL N., *La séparation du pouvoir dans l'Union européenne*, thèse de doctorat, Mare & Martin droit public, Paris, 2017, 441p.

ROUSSEL V., *Affaires de juges : les magistrats dans les scandales politiques*, Paris, éd. La Découverte, 2002, 312 p.

ROUSSELET M., *La magistrature sous la Monarchie de Juillet*, Paris, Sirey, 1937, 499 p.

ROYER J-P., *La société judiciaire depuis le XVIIIème siècle*, Paris, PUF, 1979, 347p.

ROYER J-P., *Etre juge demain, Belgique Espagne France Italie Pays-Bas Portugal et R.F.A.*, P.U Lille, 1983, 493 p.

ROYER J-P. (dir.), *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, 310 p.

ROYER J-P., R.MARTINAGE, LECOCQ P., *Juges et notables au XIXe siècle*, Paris, PUF, 1983, 422 p.

SAINT GIRON A., *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881, 584 p.

SALAS D., *Le tiers pouvoir, Vers une autre justice*, Éd. Hachette Littératures, coll. Forum, avril 1998, 297 p.

SALAS D. (prés. par), *La Justice, révolution démocratique*, DDB Société, Desclée De Brouwer, 2001, 235 p.

SALAS D. (dir.), *La plume et le prétoire, quand les écrivains racontent la justice*, Paris, AFHJ, La documentation française, 2014, 292 p.

SALAS D., *Le courage de juger, entretien avec Frédéric Niel*, Paris, Bayard, 2014, 228 p.

SAMET C., *Justice, transparence et démocratie*, L'île Lettrée, Archer Val De France Eds, Paris, 1997, 237 p.

SAUZET P., *Considérations sur les retraites forcées de la magistrature*, Lyon, F. Dumoulin, 1854, 39 p; 2^e éd., Paris, C. Douniol, 1870, p. 46 p.

SPRIET J-L., *L'indépendance de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Lille, Impr. de Duriez-Bataille, 1943, 195 p.

SUR B., *Histoire des mille ans de la justice française*, Carré droit, Litec, 2003, 168 p.

SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, *La formation du magistrat*, Paris, 1968, Vol. I, 122 p. ; Vol. II, 93 p.

THUILLIER G., *L'art de juger*, Paris, Économica, 2001, 74 p.

TIMSIT G., *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1995, 126 p.

TOULEMON A., *La question du jury*, Sirey, 1930, 295 p.

TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 358 p.

TROPER M., *La philosophie du droit*, 3^e éd., Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, n° 857, 2011, 126 p.

TUDESQ A.J., *Les grands notables en France (1840-1849)*, Paris, PUF, 1964, 2 T., 1227 p.

TUFFERY-ANDRIEU J-M., *La discipline des juges. Les Mercuriales de Daguesseau*, Paris, LGDJ, 2007, 200 p.

TURCEY V., *Le Prince et ses juges : vers un nouveau pouvoir judiciaire*, Paris, Plon, 1997, 243 p.

USM, *Souffrance des magistrats au travail – état des lieux, état d'alerte*, février 2015, 78 p.

VAN ESLANDE P., *Étude de législation comparée sur le recrutement de la magistrature*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1897, 329 p.

VERNEUIL D., *L'image de la justice criminelle dans la société : fonctions et processus du système pénal*, Paris, sepc, 1980, 237 p.

VIELFAURE P., *L'évolution du droit pénal sous la monarchie de Juillet entre exigences politiques et interrogations de société*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 618 p.

III - ARTICLES ET CHRONIQUES

Auteur inconnu, « De quelques idées sur le recrutement de la magistrature », Paris, Guibert, 1830

« **Admission et avancement dans la magistrature** », *Gazette des tribunaux*, 8 mars 1894.

ALLAIN E., « Faut-il réformer le statut du ministère public ? », *D. actualité*, 28 mars 2011.

ALLAND D., « Justice privée (Droit de se faire justice à soi-même) », *Droits*, n° 34, 2001/2, p. 73 – 80.

ALT E., « Les organisations de magistrats en Europe : une histoire politique », *Les Cahiers de la Justice, Dalloz*, 2016/3 N° 3, p. 465 – 475.

ARMINJON P., « La fonction judiciaire », *La Revue de Paris*, 1er juin 1920, p. 598-626.

ARDI P., « Sémantique de l'autorité (quelques remarques) », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 2002/4, n° 50, p. 15 – 22.

ASCENCI L., « Le ministère public est-il une autorité judiciaire ? », *AJ Pénal*, 2011, p. 198.

AVRIL P., « Réflexions sur l'indépendance du parquet », *LPA*, 23 févr. 2017, p. 4.

BABONNEAU M., Les magistrats ne sont pas tous logés à la même enseigne, *Dalloz actualité*, 4 janvier 2016.

BABONNEAU M., « Indépendance du parquet : des « discussions » autour de la réforme », *D. actualité*, 14 septembre 2015.

BABONNEAU M., « Me Dupond-Moretti répond rudement au directeur de l'École nationale de la magistrature », *D. actu.*, 15 septembre 2017.

BABONNEAU M., « Réseaux sociaux et pouvoir judiciaire : la nécessaire « incarnation » ? », *D. actu.*, 30 octobre 2019.

BABONNEAU M., « Procès des époux Fillon : « Nous avons mal pour vous, madame » », *D. actualité*, 28 février 2020.

BABONNEAU M., « Affaire *Houlette* ou l'hypocrite débat sur l'indépendance du parquet relancé », *D. actu.*, 22 juin 2020.

BACHELIER C., PESCHANSKI D., « L'épuration de la magistrature sous Vichy », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 103 – 111.

BACOT G., « Montesquieu et la question de la nature monarchique de la constitution anglaise », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2007/1, n°25, p. 3 – 31.

BADINTER R., « Une si longue défiance [rapports juges et pouvoir politique] », *Pouvoirs*, n° 74, Les Juges, 1995, p. 7 – 12.

BALLOT C., « De l'inamovibilité », *Le Droit*, 15 décembre 1878.

BANCAUD A., « Les désarrois des magistrats. La crise de la magistrature : entre sélection aristocratique et rationalisation bureaucratique », *Regards sur l'actualité*, n° 171, Paris, Documentation française, 1991, p. 51 – 69.

BANCAUD A., « La haute magistrature sous Vichy », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, 1996, n° 49, p. 45 – 62.

BANCAUD A., « Une nomination judiciaire sous la III^e République », *Genèses*, 26, 1997. Représentations nationales et pouvoirs d'Etat, p. 153 – 164.

BANCAUD A., JEAN J-P., « Les juges en enquête : histoire de l'Inspection des services judiciaires », *Histoire de la Justice*, n° 12, 2000, p. 185 – 200.

BANCAUD A., « Normalisation d'une innovation : le Conseil supérieur de la magistrature sous la IV^e République », *Droit et société*, 2006/2 (n°63-64), p. 371 – 391.

BANCAUD A., ROUSSO H., « L'épuration des magistrats à la Libération », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 117 – 144.

BARBERIS M., « le futur passé de la séparation des pouvoirs », in « La séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, n°143, novembre 2012, p. 5 – 17.

BEAUD O., «La justice comme problème constitutionnel », in. DEPERCHIN A., DERASSE N., DUBOIS B. (mise en scène par), *Figures de justice : études en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, CHJ, Lille, 2004, p. 537 – 551.

BEAUNE H., « Le pouvoir judiciaire en France [historique] », *Gazette des tribunaux*, 10, 17, 18, 19 avril et 9-10 juin 1862.

BENHAMOU Y., « Réflexions sur l'histoire tumultueuse de la magistrature : du temps des orgueilleux parlements de l'ancienne France au temps du mépris », *LPA*, 3 novembre 2000, n°220, p. 4.

BENHAMOU Y., « Réflexions sur le sentiment corporatiste dans la magistrature. Esquisse d'une approche sociologique et historique du corporatisme judiciaire », *Gazette du Palais*, 14-15 août 2002, p. 1249 – 1253.

BENOIST C., « Le pouvoir judiciaire dans la démocratie », *Revue des Deux Mondes*, 155e vol., LXIXe année, 4e période, 15 octobre 1899, p. 905 – 923.

BENSIMON J., « Le juge et le président : Rapports entre l'exécutif et le judiciaire dans les Constitutions françaises », *Raison présente*, n°116, 4e trimestre 1995. *Justice et droits*, p. 51 – 65.

BELFANTI L., « Du statut protecteur inhérent au décret de nomination initiale d'un magistrat », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 9, 28 Février 2011, 2090.

BELFANTI L., « Qu'est-ce que la bonne moralité du magistrat ? Le clair-obscur de la notion de « bonne moralité » comme condition d'accès aux fonctions de magistrat », *Cahiers de la Justice*, n°2013/2 n°2, Dalloz, p. 163 – 170.

BERGE S., « Revue critique, De l'inamovibilité de la magistrature », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, T. 4, 1880, p. 540 – 542.

BERNARD-MAUGIRON N., « Vers une plus grande indépendance du pouvoir judiciaire en Égypte ? », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 59 N°1, 2007, p. 79 – 105.

BERNAUDEAU V., « Les magistrats de la cour d'appel d'Angers : entre méritocratie et autoreproduction d'une compagnie judiciaire de province » (1848-1883). In: *Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest*. T. 105, numéro 4, 1998, p. 69 – 83.

BERRIAT SAINT-PRIX F., « De l'indépendance des juges de paix », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, T. VIII, 1879, p. 753 – 761.

BETOULLE J., « Magistrat », *Répertoire de procédure civile*, septembre 2011.

BESSON A., « Le Conseil supérieur de la Magistrature », *Chroniques, D.*, 1960, p. 1 – 8.

BIGAUT C., LAY J.P., « La réforme du Conseil supérieur de la magistrature », *D.*, 1993, p. 275 – 280.

BILLARD P., « La formation des magistrats aux relations avec les médias », *Revue juridique de l'Ouest*, N° Spécial 1989, Droit et médias, p. 79 – 82.

BOCCARA E., « Le boomerang Medvedyev », *Gaz. Pal.* 27 avril 2010, p. 3.

BOGIGUEL J-L., « Qui sont les magistrats français ? Esquisse d'une sociologie », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 31 – 42.

BOIGEOL A., « La formation des magistrats « De l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle » », Actes de la recherche en sciences sociales, Vol. 76-77, mars 1989, *Droit et expertise*, p. 49 – 64.

BOIGEOL A., « La magistrature française au féminin : entre spécificité et banalisation », *Droit et société*, n°25, 1993, p. 489 – 523.

BOIGEOL A., « Les femmes et les Cours. La difficile mise en œuvre de l'égalité des sexes dans l'accès à la magistrature. », *Genèses*, 22, 1996. La ville : postures, regards, savoirs, p. 107 – 129.

BOIGEOL A., « Les magistrats « hors les murs » ». In *Droit et société*, n°44-45, 2000. Justice et Politique (III). Les magistratures, p. 225 – 247.

BOIGEOL A., « De la difficile entrée des femmes dans la magistrature à la féminisation du corps » In : *Femmes et justice pénale : XIXe-XXe siècles*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2002, p. 363 – 371.

BOIGEOL A., « La justice : une affaire de femmes ? », in J.P.ROYER (dir.). La justice d'un siècle à l'autre, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 97 – 113.

BOIGEOL A., « Quel droit pour quel magistrat ? Évolution de la place du droit dans la formation des magistrats français, 1958-2005 », *Droit et société*, 2013, n° 83, p. 17 – 31.

BONIS E., « L'indépendance des magistrats du parquet ou le difficile exercice d'équilibriste du Conseil Constitutionnel », *D. pénal*, n°3, février 2018, étude 3, p. 8 – 11.

BONNIER, *Revue de droit français et étranger, Revue Felix*, 1842, T. I, p. 402 – 403.

BOUCOBZA I., « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 73 – 87.

BOUCOBZA I., « L'indépendance des magistrats vue d'Italie, une question constitutionnelle », *Titre VII*, n°3, octobre 2019, 7 p.

BOUCHERY R., MACHELON J-P., « L'épuration Républicaine 1870-1871 / 1872-1882 », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 69 – 86.

BOUCHEZ C.J., « La suppression de la hiérarchie judiciaire et l'avancement des magistrats », discours de rentrée à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Paris, 3 novembre 1881, in. *Gazette des tribunaux*, samedi 5 novembre 1881, n°16036, 58 p.

BOUDON J., « La séparation des pouvoirs aux États-Unis », in « La séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, n°143, novembre 2012, p. 113 – 123.

BOURDON J., « Le sénatus-consulte de 1807 l'épuration de la magistrature en 1807-1808 et ses conséquences », in Colloque Napoléon, Paris 1969, *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, juillet-septembre 1970, T. 17, p. 829 – 836.

BRAUNSCHWEIG A., FOYER J., « Les fonctions de l'épuration », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 147 – 161.

BREDIN J-D., « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Revue générale de droit processuel*, n° 3, janvier-juin 1996, p. 161 – 166

BRISSAUD J., « Des garanties nouvelles de l'indépendance des magistrats », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, t. 58, 1934, p. 187 – 208.

BRUNAUX G., « Réseaux sociaux et professionnels du droit : le risque disciplinaire », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 476.

CABANIS A., MARTIN M-L., « La justice depuis le XIXe siècle : attentes sociales et dérives professionnelles », in KRYNEN J., RAIBAUT J. (dir.). *La légitimité des juges*, actes du colloque des 29-30 octobre 2003, Université de Toulouse 1, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 25 – 35.

CADIOT-FEIDT A., « Quelques réflexions relatives à la suppression du juge d'instruction », *Gaz. Pal.*, 21 avril 2009, p. 8.

CAILLE P-O., « Jusqu'où peut aller le pragmatisme du juge administratif lorsqu'il annule la nomination d'un magistrat judiciaire », *D.*, 2008, p.1457 – 1460.

CAR J-C., « Recrutement des magistrats », *D.*, 2000, p. 53.

CARVAL S., « Les nouveaux concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature », *D.*, 2009, p. 77.

CATTA T., « Le cinquantenaire d'un coup de force les décrets du 29 mars 1880 et l'épuration de la magistrature », *Revue catholique des institutions et du droit*, 58e année, 1930, 2e série, vol. 68, p. 385 – 414.

CERMAN J., HIDEUX E., « Les rencontres de Créteil : Demain le ministère public, justice ou République ? », *RSC*, 2008, p. 232.

COHEN C., « C.S.M. rénové et justice libérée, mais jusqu'où ? », *Gaz. Pal.*, 27 septembre 1997, p. 1222 – 1223.

COHEN C., « Le nouveau C.S.M. Six ans de réflexion. Bilan et perspectives », *Gaz. Pal.*, 14-15 février 2001, p. 212 – 214.

COIGNAC A., « Féminisation de la magistrature et retour à la mixité – interview de François Molins », *JCP. G* - N° 9-10 - 4 mars 2019, p. 414 – 417.

COLOMBET F., « Faire carrière », *Pouvoirs*, n°74, Les juges, Septembre 1995, p. 105 – 119.

« **Colonies françaises. Législation et organisation judiciaire** », *France judiciaire*, T. 8, 1883-1884, première partie (Études historiques et juridiques), p. 59 – 65, 81 – 92.

« **Conditions d'admission et d'avancement dans les fonctions publiques** », in. *Annales du parlement français*, session de 1845, T. septième, Paris, Libr. De Firmin Didot, 1846, p. 229 – 245.

CORD S., « Des traitements dans la magistrature, notamment dans les tribunaux de première instance », Montpellier, Impr. de Dumas, 1857, 13 p., in *Le Messager du Midi*, 25 janvier 1857.

COSTA J-L., « Nécessité, conditions et limites d'un pouvoir judiciaire en France », *Revue française de science politique*, 10^e année, n°2, 1960, p. 261 – 286.

COUJARD D., « Statut du parquet : le oui de la CJUE, le mais de la CEDH », *Gaz. Pal.* 18 juin 2019, p. 17.

CHALTIEL F., « Le régime juridique de la garde à vue est inconstitutionnel », *Les Petites Affiches*, 9 novembre 2010, n° 223, p. 3 – 10.

CHARRIERE-BOURNAZEL C., « France Moulin, la CEDH et la France », *Gaz. Pal.* 30 nov. 2010, p. 12.

CHARRIERE-BOURNAZEL C., « La garde à vue : le sursaut républicain », *D.*, 2010, n° 29, 928.

CHARLE C., « État et magistrats [Les origines d'une crise prolongée] ». In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol.96-97, mars 1993. Esprits d'État, p. 39 – 48.

CHARLE C., « Pour une histoire sociale des professions juridiques à l'époque contemporaine [Note pour une recherche] », *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 76-77, mars 1989. Droit et expertise, p. 117 – 119.

CHARLE C., « La bourgeoisie de robe en France au XIX^e siècle », *Le Mouvement social*, n° 181, octobre-décembre 1997, p. 53 – 72.

CHARLE C., « Légitimités en péril [Éléments pour une histoire comparée des élites et de l'État en France et en Europe occidentale (XIX^{ème}-XX^{ème} siècles)] », *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 116-117, mars 1997. Histoire de l'État, p. 39 – 52.

CHARTIER J-L., « Justice, juges et justiciables », *Revue des deux mondes*, 2004, octobre-novembre, p. 28 – 34.

CHARVET D., « Les magistrats français et la déontologie : une problématique à clarifier », *D.*, 2008, p. 1634.

CHARVEY D., « Une ou deux magistratures ? », *D.*, 2007, p. 459.

CHAUVAUD F., « La magistrature du parquet et la diabolisation du politique 1830-1870 », *Droit et société*, n°34, 1996, Justice et Politique (I), p. 541 – 556.

CHAVENT-LECLERE A-S., « La promptitude au secours de l'indépendance du Parquet ! », *Procédures* n° 2, Février 2011, comm. 67.

CHAVENT-LECLERE A-S., « L'inconstitutionnalité de la garde à vue française », *Procédures*, novembre 2010, n° 11, p. 23 – 24.

CIVININI M.G., « Le statut du magistrat en Italie », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 59 N°1, 2007, p. 7 – 25.

COLSON C., « La discipline et l'avancement des fonctionnaires », *Compte-rendu des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, vol. 177, 1912, 1^{er} semestre, p. 615 – 638.

CONTE P., « Les galeux de la République - À propos de « l'affaire d'Outreau » », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 1-2, 11 Janvier 2006, doct. 101.

CONTE P., « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *D. Pén.*, n°6, juin 2009, étude 11.

COUJARD D., « Statut des parquets : l'intenable hypocrisie », *Gaz. Pal.*, 24 sept. 2019, p. 3.

COUSTET T., « La garde des Sceaux veut un parquet indépendant ... ou presque », *D. actu.*, 16 octobre 2017.

COUSTET T., « Réforme du parquet : « C'est un petit pas mais on est encore loin de l'indépendance » », *D. actu.*, 10 avril 2018.

COUSTET T., « François Molins installé procureur général près la Cour de cassation », *D. actu*, 19 novembre 2018.

COUSTET T., « Mur des cons : le procureur requiert la relaxe », *D. actu*, 10 décembre 2018.

COUSTET T., « Le nouveau CSM confronté à « l'hyper-mobilité » des magistrats », *D. actu*, 04 février 2019.

DI FEDERICO G., « L'indépendance du ministère public et le principe de la responsabilité en Italie : l'analyse d'un cas déviant d'un point de vue comparé », *Droit et société*, n°38, 1998. Vérité historique, vérité judiciaire, p. 71 – 89.

D'IRIBARNE P., « Les magistrats sont des humains et non pas des dieux », *Les cahiers de la justice*, 2008, p. 65.

DALLE H., « Le recrutement et la formation des magistrats : une question de légitimité », *Revue française d'administration publique*, n°57, janvier/mars 1991, p. 53.

DALEAU J., « Indépendance de la justice : fin du premier round », *D. actualité*, 18 juillet 2013.

DAMIEN A., « Pouvoir judiciaire et vertu. Les 3 tentations du magistrat », *Archives de la philosophie du droit*, 1998, n° 42, p. 233 – 239.

DAMIEN A., « L'indépendance du magistrat », *La Revue administrative*, n° 324, novembre-décembre 2001, p. 602 – 608.

DAUMARD A., « Noblesse et aristocratie en France au XIXe siècle ». In: *Les noblesses européennes au XIXe siècle*. Actes du colloque de Rome, 21-23 novembre 1985. Rome : École Française de Rome, 1988, (Publications de l'École française de Rome, 107), p. 81 – 104.

DELALOY G., « La réforme du Conseil supérieur de la magistrature : vers un Conseil supérieur du pouvoir judiciaire ? », *La Revue administrative*, n° 318, novembre-décembre 2000, p. 632 – 641.

DÉLOYE Y., « Penser l'esprit de corps. L'actualité de l'anthropologie des corps et des esprits chez Alexis de Tocqueville », in. G. GUGLIELMI, *L'esprit de corps, démocratie et espace public*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « La Politique éclatée », 2005, p. 201 – 226.

DELPECH J., « À propos du décret Sarrien (18 août 1906). Quelques remarques de droit comparé sur les moyens d'assurer en pratique l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 14^e année, 1907, T. XXIV, p. 67 – 91.

DELZONS L., « Les magistrats indépendants », *Revue politique et littéraire. Revue Bleue*, 1907, p. 175 – 178.

DEMARTIAL G., « La nomination des magistrats », *Revue politique et parlementaire*, 1907, T. LII, n° 154, avril, p. 71.

DESBORDES J., « Les décrets de Me Crémieux et les magistrats inamovibles. Le vote de l'Assemblée », *Gazette des tribunaux*, 1^{er} avril 1871.

DESJARDINS A., « La magistrature élue », *Revue des deux mondes*, Beauvais, 1882, p. 549 – 575.

DE VILLEPREUX L., « La Restauration et l'inamovibilité judiciaire », Paris, J. Gervais, 1880, 55 p. in. *Le Correspondant*, t. 121, 25 novembre 1880, p. 596.

DEYGAS S., « L'intérêt pour agir d'un syndicat de magistrats », *Procédures* n° 8-9, Août 2015, comm. 281.

« **De la discipline judiciaire** », *Journal de droit criminel*, 17^e année, 1845, p. 97 – 110, 129 – 141.

« **De la magistrature sous la République** », *Revue de droit français et étranger*, T. XVI, 1849, p. 437 – 444.

« **De l'avancement dans la magistrature** », *Gazette des tribunaux*, 23-24 mars 1840, 1^{er} juillet 1840.

« **De l'inamovibilité de la magistrature** », *France judiciaire*, T. 4, Etudes juridiques, 1879-1880, p. 401 – 417, 421 – 433.

« **Du ministère public, Chap. II** », *Revue de droit public et de la science politique*, 8^{ème} année, T. XVI, juillet- août 1901, p. 96 – 125.

« **Du traitement des magistrats** », *Gazette des tribunaux*, 31 mars 1838.

DECIMA O., « À la recherche du temps perdu en garde à vue, CEDH, 4 déc. 2014, Hassan et autres c/ France », *D. pénal*, n° 2, Février 2015, étude 5.

DESPLAGNES A., « L'ancienne magistrature [1804-1883] », *Revue catholique des institutions et du droit*, 30e année, 1902, 2e semestre, 2e série, vol. 29, p, 239 – 266

DEVILLE A., « L'entrée du syndicat de la magistrature dans le champ juridique en 1968 ». In: *Droit et société*, n°22, 1992, p. 639-646.

DEVILLE A., « Le syndicat de la magistrature en France (1968-1988). Interprétation de la construction d'une action collective », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1993/2 Volume 31, p. 55 – 68.

« **Discipline judiciaire** », Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, t. XV, 1849, *Dalloz*, p . 620 – 687.

DRAI P., « Être juge...et juger », *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 694-697.

DREYFUS F., « Syndicalisme et devoirs de réserve dans la magistrature », *Gaz. Pal.*, 1973, T. 1, Doctrine, p. 211-214.

DUFOUR O., « La « drôle » indépendance du parquet, *LPA*, 24 avril 1998, p. 4.

DUFOUR O., « Il est urgent de clarifier la situation du parquet », *Petites affiches*, 21 janv. 2011, p. 3.

DUFOUR O., « J'ai le sentiment que la justice est tentée par l'autogestion, voire par la toute-puissance -interview de Jean-Yves Le Borgne, avocat à la Cour, ancien vice-bâtonnier de Paris», *LPA*, 14 avril 2017, p. 4.

DUFOUR O., « Emmanuel Macron ne coupera pas le lien entre le parquet et la Chancellerie », *Gaz. Pal.* 23 janv. 2018, n° 3, p. 12.

DUFOUR O., « La mobilité au cœur des préoccupations du CSM », *Gaz. Pal.* 5 févr. 2019, n° 341, p. 7.

DUGUIT L., « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, Paris, T. VII, février, avril et juin 1893, p. 99-132, 336-372, 567-575.

DUPIC E., « Chronique du statut du procureur français : un nouvel échec ? », *Gaz. Pal.*, 17 mai 2016, p. 13.

DURAND B., « Les magistrats coloniaux entre absence et errance », in B. DURAND et M. FABRE, *Le juge et l'outre-mer. Les roches bleues de l'Empire colonial*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, p. 47 – 71.

DURAND B., « un dogme soumis "à la force des choses" : l'inamovibilité des magistrats Outre-Mer », *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, vol. 82, n° 2, p. 241 – 262.

DUTRUC G. (dir.), « De la nomination des magistrats du parquet », *Le Journal du ministère public*, T. 16, 1873, p. 20 – 24, 45 – 49, 67 – 71.

DUTRUC G. (dir.), H. L. Magistrats, « inamovibilité », *Le Journal du ministère public*, T. 21, 1878, p. 242 – 246.

DUVAL V., « Histoire et fondement de l'USM », *Les Cahiers de la Justice, Dalloz*, 2016/3 N° 3, p. 431 – 440.

DUVAL V., « Indépendance du parquet : rêve inaccessible après la décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2017 ? », *Gaz. Pal.*, 6 févr. 2018, n°312, p. 31.

FABRE M., « Le magistrat d'outre-mer : l'aventure de la justice », in B. DURAND et M. FABRE, *Le juge et l'outre-mer. Les roches bleues de l'Empire colonial*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, p. 71 – 93.

FAUGERON C., « Du simple au complexe : les représentations sociales de la justice pénale, *Déviance et société*, 1978 - Vol. 2 - N°4, p. 411 – 432.

FAUGERON C., JAKUBOWICZ P., « Les magistrats et la loi pénale », *Revue française de sociologie*, 1984, 25-4, p. 658 – 683.

FAUGERON C., « Justice et opinion publique ; l'ère du soupçon », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 89 – 96.

FAVOREU L., « Brèves observations sur la situation du Parquet au regard de la Constitution », *Rev. sc. crim.*, octobre-décembre, 1994, p. 675.

FAVRO K., « La procédure disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire et la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 », *Petites affiches*, 20 décembre 2001, n° 253, p. 2 – 6.

FARCY J-C., Du « bon juge » aux « juges rouges » : les juges contestataire », Conférence filmée le 15 novembre 2018 dans le cadre de la deuxième saison du cycle de conférences « Sur la sellette, une histoire de la justice à Paris » proposé aux Archives de Paris en partenariat avec le Comité d'histoire de la Ville de Paris.

FELDMAN J-P., « *La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques* », *RFDC*, n°3, 2010, p. 483 – 496.

FELTER E. L., « The death of Judicial Independence in Turkey : A lesson for Others », *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, Volume 38 | Issue 1, Art. 3, 1^{er} septembre 2018, p. 35 – 56.

FICARA J., « Quelle indépendance pour le parquet ? Propositions pour la constitution d'un ministère public français indépendant », *AJ Pén.*, 2012, p. 509.

FLEURIOT C., « Publication du rapport de politique pénale du garde des Sceaux », *D. actu.*, 12 mai 2017.

FOUCART, « De la nécessité d'exiger des candidats à la magistrature des conditions spéciales de capacité », *Revue de législation et de jurisprudence Wolowski*, T.1, 1834-35, p. 355.

FOUCART, « De la nature de l'autorité judiciaire », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1^{re} année, nouvelle série, t. 2, mai-août 1845, p. 433 – 450.

FOURMENT F., « Après l'affaire *Moulin* (CEDH, 5^e sect., 23 nov. 2010), encore du grain à moudre », *D.*, 2011, p. 26.

FOURMENT F., « Chaud-froid strasbourgeois sur le procureur de la République et la garde à vue », *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013.

FOURNIEL B., « Associations et syndicats de magistrats de l'ordre judiciaire dans la France du XX^{ème} siècle », in. J. KRYNEN et J-C. GAVEN (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIX^e – XX^e siècles)*, Etudes d'histoire du droit et des idées politiques n°17, Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 147 – 171.

FOYER J., « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 16, 1981, p. 17 – 29.

FLANDIN E., « La justice aux colonies. Rapport et discussion », *Revue pénitentiaire et de droit pénal. Bulletin de la Société générale des prisons*, t. 34, 1910, n° 1, janvier, p. 42 – 81.

« **François Hollande confirme sa volonté de réformer le CSM avant l'été** », *Gaz. Pal.*, 22 janv. 2013, n° 114.

FLEURIOT C., « Ils militent pour que les magistrats n'aient plus de décorations », *D. actu*, 16 décembre 2016.

FUZIER-HERMAN E. (dir.), « Discipline judiciaire », Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence, *Sirey*, T. XVII, 1899, p. 450 – 503.

GARAPON A., « La question du juge », *Pouvoirs*, n° 74, 1995, p. 13 – 25.

GARAPON A., « La démocratie à l'épreuve de la justice », *Justices*, 1999, n° 1, p. 43 – 54.

GARAPON A., « La justice, point aveugle de la théorie politique française ? », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 53 – 63.

GARAPON A., PUECH T., « L'impossible réforme de la justice. Bilan d'un échec politique », in D.SALAS (prés. par), *La Justice, révolution démocratique*, DDB Société, Desclée De Brouwer, 2001, p. 201 – 234.

GARNERIE L., « La justice se dévoile sur Twitter », *Gaz. Pal.*, 23 oct. 2018, n° 333, p. 8.

GAUDEMET P., « La séparation des pouvoirs, Mythe et réalité », *D.*, 1961, Chronique XXIII, p. 121 – 150.

GAS T., « Le statut du Parquet en République fédérale d'Allemagne », *Arch. Po. Crim.*, 2004, n°26, p. 189 – 202.

GICQUEL J., « Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 289 – 303.

GICQUEL J., « Le nouveau Conseil supérieur de la magistrature », *La semaine juridique*, n° 31-35, 30 Juillet 2008, doctr. 176.

GOETZ D., « Perquisition à La France insoumise : le jugement condamnant Jean-Luc Mélenchon », *D. actu*, 8 janvier 2020.

GOUZES G., « Le recrutement et la formation des magistrats, Les nouveaux enjeux de la justice », Association Droit et Démocratie, Sénat, 31 mars 2000, *LPA*, 25 octobre 2000, n° 213, p. 23 – 27.

GRAVELEAU P., « Incitation des magistrats à la mobilité géographique », *Gaz. Pal.*, 18 avril 2017, n° 292, p. 49.

GUIDICELLI A., « Le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : quelles conséquences sur le contrôle de la garde à vue ? », *RSC*, 2011, p. 142.

GUILLARD C., « Le mandat d'arrêt européen dans la jurisprudence de la Cour de justice », *Revue de l'Union européenne*, 2020, p. 68.

GUILLOT A., « L'avenir de la magistrature », *La Nouvelle Revue*, t. 70, 1er juin 1891, p.493-509.

GUINAMANT M-L., « Une crise des vocations dans la magistrature judiciaire ? », *JCP. G.*, n°46, 11 novembre 2013, 1158.

GUINCHARD S., « L'instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour EDH dans les débats français sur le statut du Parquet », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 27, 2 Juillet 2018, 760.

HALPÉRIN J-L., « L'indépendance des tribunaux : un vain mot pour Napoléon », in. LENTZ T. (dir), *Napoléon et le droit : droit et justice sous le Consulat et l'Empire : actes du colloque de La Roche-sur-Yon, 14-16 mars 2017*, CNRS Editions, 2017, p. 143 – 153.

HANOTEAU C., « L'École nationale de la magistrature : sa place dans le monde judiciaire », in. ROYER J-P. (dir.). *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 113 – 119.

HAYAT J-M., « Le point de vue du juge du siège », *Petites affiches*, n°139, 12 juill. 2007, p. 28.

HELLO C-G., *De l'inamovibilité des juges*, Revue de législation et de jurisprudence, 14^{ème} année, T. 2, 1848, p. 5 – 27.

HENNION-JACQUET P., « L'arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français », *D.*, 2010. 1390.

HENRY L., BLAYO Y., « La population de la France de 1740 à 1860 », *Population*, 30ème année, n°1, 1975, p. 71 – 122.

HERRAN T., « La notion d'autorité judiciaire dans le mandat d'arrêt européen », *AJ Pén.*, 2019, p. 453.

HIELLE O., « Le garde des Sceaux défend le projet de loi Justice du 21^e siècle », *D. actu.*, 18 mai 2016.

HIELLE O., « Place de l'autorité judiciaire dans les institutions : « une crise de confiance » », *D. actu.*, 27 mai 2016.

HOLLEAUX A., « L'administration des magistrats et leur indépendance », *Revue française de science politique*, 13^e année, n°1, 1963. p. 44 – 65.

HOURQUEBIE F., « L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire », B. MATHIEU, M.VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2012, p. 15 – 25.

INGALL-MONTAGNIER P., « Le point de vue d'un magistrat du parquet » in. B. MATHIEU, M.VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2012, p. 43 – 50.

IWEINS P-A., « La réforme de la procédure pénale », *Droit pénal*, n° 5, Mai 2006, entretien 1.

IWEINS D., « Plafond de verre : les magistrates ne sont pas épargnées », *Gaz. Pal.*, 8 mars 2016, p. 8.

JACQUES F., « De l'organisation judiciaire », *Revue de droit français et étranger Foelix*, XV, 1848, p. 514.

JACQUES F., « De l'augmentation du traitement de la magistrature », *Revue pratique de droit français*, t. 4, août 1857-février 1858, p. 543.

JANUEL P., « Éric Dupond-Moretti endosse le rôle de garde des Sceaux », *D. actu.*, 7 juillet 2020.

JANUEL P., « Indépendance de la justice : l'heure des conclusions », *D. actu.*, 2 septembre 2020.

JANUEL P., « Inspection du PNF : un rapport mitigé », *D. actu.*, 15 septembre 2020.

JEAN J-P., « Les gardes des Sceaux et les magistrats », in. ROYER J-P. (dir.). *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 183 – 201.

JEANVROT V., « La magistrature élective sous la Révolution », *La Révolution française*, t. 2, janvier-juin 1882, p. 983 – 992.

JOINET L., *Le syndicalisme judiciaire et l'expérience du Syndicat de la Magistrature (SM) en France*, 10 juillet 2009.

JOLY-HURARD J., « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats. », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 58 N°2, 2006, p. 439 – 475.

JOXE P., « La justice, troisième pouvoir ? », *Après-demain*, 2011/4 N ° 20, p. 16 – 18.

KLEITZ C., « Garde à vue à la française : la série strasbourgeoise à succès », *Gaz. Pal.* 4 juill. 2013, n° 137.

KRIEG J-F., « Les Conseils supérieurs de justice, clef de voûte de l'indépendance judiciaire - examen comparatif à partir de critères internationalement reconnus », *D.*, 2004, p. 2166.

« **La garde à vue de droit commun inconstitutionnelle** », *JCP G.*, 2010, n° 35, p. 844.

« **La loi du 30 août 1883 et la magistrature algérienne** », *Gazette des tribunaux*, 7 août 1886.

LALOUETTE J., « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme*, 2013/4, n° 162, p. 45 – 57.

« **La magistrature coloniale** », *Gazette des tribunaux*, 20 mars 1897.

LAMY B. de, « L'avancée des garanties en matière de garde à vue ou la consécration d'un basculement de la procédure pénale vers la phase policière ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2011, n° 1, p. 165-173.

LAMY C., « Affaire du mur des cons : condamnation pour injure publique confirmée en appel », *D. actu.*, 22 janvier 2020.

LARCHET K., « La Justice pénale et ses critiques : analyse de l'opinion sur la Justice et les tribunaux dans le traitement de la délinquance, *ONDRP*, Grand angle, n° 50, avril 2019, 81 p.

LAURIN Y., « Le président de la République et l'autorité judiciaire », *D.*, 2007, p. 2396.

LAVRIC S., « Arrêt de Grande chambre dans l'affaire Medvedyev : le statut du parquet tombé à l'eau? », *D. actualité*, 31 mars 2010 ; *D.*, 2010, 1386.

LAVRIC S., « Contrôle du parquet sur la garde à vue : la chambre criminelle se prononce », *D.*, 2011, p. 338.

« Le « mur des cons » fait barrière à la promotion de l'ancienne présidente du Syndicat de la magistrature », *AJFP*, 2019, p. 33.

LEHMAN H., « Poser le parquet au bon endroit », *AJ Pénal*, 2018, p. 356.

LEMONDE M., « La structure et l'indépendance du siège en France », *Revue internationale de droit pénal*, 1992, 63e année, p. 1325-1337.

LENA M., « Des promesses ? », *AJ Pén.*, 2017, p. 101.

LENNON J-L., « L'indépendance du ministère public ou le supplice de Tantale », *D. pénal* n° 11, Novembre 2016, étude 25.

LENOIR R., « La parole est aux juges [Crise de la magistrature et champ journalistique] », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 101-102, mars 1994, L'emprise du journalisme, p. 77 – 84.

LEPEU V., HUBERN P., « L'Association des jeunes magistrats ou comment construire son indépendance », *Les Cahiers de la Justice, Dalloz*, 2016/3 N° 3, p. 457 – 462.

LEROY M., « L'éducation du magistrat », *La Revue de Paris*, 12e année, 1er juin 1905, p. 537 – 552.

LEUWERS H., « L'exemple des juges des tribunaux de district du Nord et du Pas de Calais (1790-1792) », in R. CHAGNY, *La Révolution française, idéaux, singularités, influences*, PUG, 2002, p. 303 et s.

LEYTE G., « Les origines médiévales du ministère public », in CARBASSE J-M., *Histoire du parquet*, PUF, Paris, 2000, p. 23 – 54.

L'HERMINE P., « La crise de la magistrature », *La Nouvelle Revue*, nouvelle série, t. 13, 1er novembre 1901, p. 103 – 117.

LOUIS-RIVIERE P., « Psychologie du magistrat », *Compte-rendu des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1935, 2e semestre, p. 161 – 176.

LYON-CAEN P., « L'exercice des libertés syndicales dans la magistrature », *Revue administrative*, n° 164, 1975, p. 193 – 195.

LYON-CAEN P., « L'expérience du Syndicat de la magistrature. Témoignage », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 55 – 68.

LYON-CAEN P., « Le point de vue de Pierre Lyon-Caen », J-P. ROYER (dir.), *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 123 – 143.

LYON-CAEN P., « Vers un parquet indépendant ? », *D.*, 2013, p. 1359.

JEANVROT V., « L'inamovibilité pendant la Révolution », *La Révolution française*, T. 2, janvier-juin 1882, p. 755 – 778, 983 – 992.

« **La place des syndicats dans la magistrature** », *Constitutions*, 2014, p.155 – 163.

LAZERGES C., « Réflexions sur l'erreur judiciaire », *RSC*, 2006, p. 706.

LAZERGES C., « Le rapport Léger : analyse des propositions », *AJ pén.*, 2009, p. 385.

LECOCQ P., MARTINAGE R., « Les magistrats et la politique au XIXe siècle. L'exemple des commissions mixtes de 1852 », *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1982, p. 19 – 47.

« **Le Conseil d'Etat conforte les pouvoirs du Conseil supérieur de la Magistrature** », *D. actu.* 10 juin 2016.

« **Le décret sur la magistrature [décrets Sarrien-Briand]** », *Gazette des tribunaux*, 27 février 1908.

LE POGAM M., « Réforme du Conseil supérieur de la magistrature entre ouverture et autonomie », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 40, 4 Octobre 2010, doct. 982.

« **Le pouvoir judiciaire sous le gouvernement du 4 septembre** », *Gazette des tribunaux*, 4, 5 et 6 avril, 27 juillet 1872.

« **Le tableau d'avancement des magistrats** », *Gazette des tribunaux*, 16 mars 1907.

LERMOUT M., « Avis du CSM sur les instructions individuelles et la nomination des magistrats », *D.*, 2002, p. 2061.

LEROY J., « Le parquet peut-il contrôler la garde à vue ? Oui, mais... », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 8, 21 Février 2011, 214.

LEVASSEUR A., « De Marbury v. Madison à Bush v. Gore ou de la légitimité du juge aux États-Unis », in, *de Tous horizons*, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, Société de législation comparée, 2005, p. 755 – 777.

LHERMITE P., « La crise de la magistrature », *La nouvelle revue*, 1901, vol. 4, p.103 – 118.

LIBMANN J., « La « politisation » des juges : une vieille histoire ? », *Pouvoirs*, n°16, 1981, p. 43 – 53.

LITCHLITE M., « Balzac et la justice de paix », *Cahiers de l'Association internationale des études françaises*, 1992, n°44, p. 117 – 140.

« **Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire** », *France judiciaire*, T. 8, 1883-1884, première partie (Études historiques et juridiques), p. 1 – 19, 201 – 216.

LOPPIN P., « Les magistrats », *Revue des Deux Mondes*, 1er septembre 1958, n° 17, p. 32 – 49.

LUDET D., « Conseil supérieur de la magistrature : une liberté surveillée ? », *Petites affiches*, Lextenso, n°254, p. 111.

LUDET D., « la formation des magistrats », p. 47 – 56, in *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, colloque sous l'égide de la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2016, 240p.

MACHELON J-P., « L'épuration républicaine », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 87 – 101.

MAILLARD J. de, « Syndicalisme et justice : vieille lune ou idée neuve ? », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 441 – 455.

MALLET A-M., « La responsabilité des juges dans les débats parlementaires de la fin de XIXème siècle », in *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Association française pour l'histoire de la justice, Collection histoire de la justice N° 12, Paris, La Découverte, 2000, p. 171 – 183.

MARCHAL A., « De l'inamovibilité des magistrats », *Revue catholique des institutions et du droit*, 6e année, 1878, 2e semestre, 1ère série, vol. 11, p. 266 – 277.

MARGUENAUD J.P., « Tempête sur le parquet : *bis sed non repetita* » (CEDH, Grande Chambre, 29 mars 2010, *Medvedyev c. France*), *RSC*, 2010, 685.

MARGUENAUD J.P., MOULY J., « Les syndicats dans l'armée : une entrée au pas de charge ? », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 48, 24 Novembre 2014, p. 1228.

MARTAGUET P., « Comment devient-on magistrat ? », *Pouvoirs*, n°16, p. 107 – 117.

MARTIN R., « Les cheminements des pouvoirs judiciaires depuis 1789 », *RTD Civ.*, 2004, p. 251.

MARTINAGE R., « Splendeurs et misères de l'inamovibilité de la magistrature française au XIXe siècle », in. Actes du 8e Colloque belgo-hollandais d'histoire du droit, Anvers, 1984, p. 99 – 119.

MARTINAGE R., « L'épuration sous les régimes monarchiques », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, *Association française pour l'histoire de la justice*, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 33 – 57.

MARTINI A., « Quel avenir pour le ministère public ? Conférence organisée par la Cour de cassation sous le haut patronage de Christian Poncelet, président du Sénat (Sénat, 12 octobre 2007) », *RSC*, 2008, p. 235.

MARTINON J., « Le réseau social, faux-ami du magistrat judiciaire ? », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 480.

MATHIEU B., « De la nécessité d'encadrer l'activité syndicale des magistrats », *Les Cahiers de la Justice*, *Dalloz*, 2016/3 N° 3, p. 395 – 403.

MATAGRIN D-H., « Le point de vue de Dominique-Henri Matagrín », ROYER J-P. (dir.). *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 143 – 156.

MATSOPOULOU H., « L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet », *JCP. G.*, n°3, 15 janvier 2018, p. 78 – 82.

MATSOPOULOU H., « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », *Gaz. Pal.* 27 avril 2010, p. 15.

MATHIEU B., « Le « comité Ballardur », ses travaux, son rapport. Vues intérieure », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/5 HS n°2, p. 33.

MAURO C., « La suppression du juge d'instruction : éléments de droit comparé », *AJ pén.*, 2010, p. 433.

MAYALIL., « La sélection des juges aux Etats-Unis », dans *l'élection des juges*, in. KRYNEN J., *L'élection des juges, études historiques française et contemporaine*, PUF, Paris, 1999, p. 253 – 275.

MAYEUR CARPENTIER C., « Le mandat d'arrêt européen et l'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission », *Revue de l'Union européenne*, 2020, p. 87.

MEINDL T., « Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction », *RSC*, 2010, p. 395.

MEKKI S., « Indépendance de l'autorité judiciaire et autonomie de décision financière », *Revue française de finances publiques*, n° 142, mai 2018, p. 99.

MENARD J-C., « Justice et politique. Heurs et malheurs de l'argument « Montesquieu ! » », *D*, 2004, p. 1091.

MENDEL G., « Le magistrat entre le sacré et le profane », *Justice*, n° 103, décembre 1984, p. 32 - 35.

MBONGO P., « L'originalité statutaire des magistrats du parquet et la Constitution », *Pouvoirs*, n°115, 2005/4, p. 167 – 176.

MAILLE M., « Les prédispositions à l'esprit de corps : les candidats au concours de la magistrature », in. G. GUGLIELMI, *L'esprit de corps, démocratie et espace public*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « La Politique éclatée », 2005, p. 227 – 275.

MIALOT C., « La partie publique au procès pénal doit-elle être représentée par un magistrat ? », *D.*, 2009, p. 2497.

MILACIC S., « De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoirs » : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », in PARIENTE A. (dir), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Actes de la journée d'études organisée le 22 avril 2005 à Agen par l'Association française de droit constitutionnel et le Centre d'études et de recherches

comparatives sur les constitutions, les libertés et l'Etat (CERCCLÉ) de l'université Montesquieu-Bordeaux IV, 2007, p. 31 – 49.

MIMIN P., « Le noviciat de la magistrature », *D.*, 1946, chronique VIII, p. 29 – 32.

MONIOLLE C., « L'évolution du statut des magistrats judiciaires », *RFDA*, 2018, p. 433.

MONTECLER M.C. de, « La nomination d'un magistrat ne peut pas être retirée », *AJDA*, 2010, p. 1856.

MONTECLER M.C. de, « Légalité de la réforme du concours de l'École nationale de la magistrature », *D. actu.*, 23 juin 2010.

MONTECLER M-C. de, « Le retour d'une réforme *a minima* du Conseil supérieur de la magistrature ? », *AJDA*, 2016, p. 812.

MONTECLER M.C. de, « Portée de l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature », *D.*, 2016, p. 1317.

MONTECLER M.C. de, « Le « mur des cons » nuit à la carrière d'une ancienne présidente du Syndicat de la magistrature », *AJDA*, 2018, p. 2105.

MOUNIER J-P, « Du corps judiciaire à la crise de la magistrature ». In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 64, septembre 1986. De quel droit ?, p. 20 – 29.

NADAL J-L., « Quel rôle pour le ministère public ? », *D.*, 2007, p. 2296.

NOËLLE-COMMARET D., « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.*, 1998, p. 262.

NUNEZ J., « Cycle La justice pénale - Réflexions sur l'indépendance de la justice en Amérique Latine », *JCP. G.*, n° 24, 15 Juin 2015, doct. 710.

OGOLA J., « Applicability of the bangalore principles to the ugandan judiciary as a tool for improving judicial ethics and accountability », A paper Presented by Hon. Justice (Rtd) James Ogoola at the 21st Annual Judges Conference, 28th -31st January 2019, Serena Hotel, Kampala, 13 p.

OLIVA E., DONNARUMMA M.R., Jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, n°114, 2018, p. 473 – 482.

OUARDES P., « Plainte d'un usager devant le CSM : la protection fonctionnelle est due au magistrat mis en cause », *AJFP*, 2017, p. 79.

PAILLARD DE VILLENEUVE A-V, « La magistrature. La retraite forcée [suites du décret 1852] », *Gazette des tribunaux*, 19 juin 1862.

PALANTE G., « L'esprit de corps : remarques sociologiques », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, n°48, Août 1899, p.135 – 145.

PAULIAT H., « Le Conseil d'Etat, défenseur des prérogatives du Conseil supérieur de la magistrature », *JCP. G*, n° 36, 5 Septembre 2016, p. 935.

PAULIAT H., « L'inspection générale de la justice est indépendante ... mais pas suffisamment pour que la Cour de cassation en relève ! », *JCP. G*, n°14, 2 mars 2018, p. 670.

PAULIAT H., « Abaissement de l'âge de la retraite des magistrats : une atteinte à l'indépendance de la justice reconnue en Pologne », *JCP. G.*, n° 29, 22 Juillet 2019, p. 816.

PASTOR J-M., « Les devoirs du candidat désireux d'intégrer la magistrature », *D. actu.*, 12 décembre 2017.

PERREUX E., « Enseigner l'éthique et la déontologie aux futurs magistrats », *Les cahiers de la justice*, 2018, p.267 – 274.

PICARD-WEYL M., « Réflexions sur l'élection des juges », *La Pensée*, 1964, n°115, p.51 – 65.

PICOD F., « Un coup d'arrêt dans la montée en puissance des exigences de la Cour de justice », *JCP. G*, n° 51, 16 Décembre 2019, 1340.

PICOT G., « La réforme judiciaire », *Revue des deux mondes*, T.42, 1880, p. 413 – 446, 588 – 633 ; T.43, 1881, p. 116 – 153.

POUMAREDE J., « Les tribulations d'un principe républicain : l'élection des juges » ; in J.LORGNIER, *Justice et République(s)*, L'espace juridique, Lille, 1992, p. 91 – 101.

POUMARÈDE J., « Le roi, ses « gens » et ses juges : la place du parquet dans l'opposition parlementaire à la fin de l'Ancien Régime », *CARBASSE J-M.*, *Histoire du parquet*, PUF, Paris, 2000, p. 205 – 219.

PRADEL J., « Haro sur le juge d'instruction ! », *D.* 2006, p. 244.

PRADEL J., « La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur code de procédure pénale », *D.*, 2010, p. 1293.

PRADEL J., « Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ? », *D.*, 2013, p. 1361.

PRADEL J., « La communication judiciaire des affaires criminelles- Une pratique conforme à la loi, mais source de bien des difficultés », *D.*, 2019, p. 1945.

PRADEL J., « L'indépendance fonctionnelle du parquet français face aux interprétations divergentes des deux cours européennes », *D.* 2020, p. 442.

RASCHEL L., « Réforme du CSM : nouvel essai », *Gaz. Pal.* 9 févr. 2016, p. 51.

REBUT D., « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010. 970.

REBUT D., « Le ministère public français inapte à émettre des mandats d'arrêts européens ? », *JCP. G*, n° 50, 9 Décembre 2019, 1284.

RENARD C., « La jeune magistrature », *La Réforme sociale*, t. 45, 1^{er} février 1903, p. 222 - 230.

RENOUX T., « Le pari de la Justice », *Pouvoirs*, n° 99, 2001, p. 87 – 100.

RENOUX T., « Le statut des magistrats comme garant de la démocratie », in GABORIAU S., PAULIAT H. (dir.). *Justice et démocratie*. Actes du colloque, Limoges, 21-22 novembre 2002, 3e Entretiens d'Aguesseau, Limoges, PULIM, 2003, p. 59 – 79.

RENOUX T., « Le statut des magistrats, garant de la démocratie », *Petites affiches*, 18 juin 2003, n° 121, p. 4 – 12.

RENOUX T., « La Cour de cassation dans le viseur (sélectif) du ministère de la Justice », *Dépêches JurisClasseur*, jeudi 15 décembre 2016.

RENOUX T., « Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs », *D.*, 2018, p. 953.

« **Rentrée solennelle : réquisitions de Jean-Louis Nadal pour une réforme du parquet** », *JCP. G*, n° 3, 17 Janvier 2011, 64.

ROBERT M., « Le fait syndical dans la magistrature française », *Déviance et société*. 1978 - Vol. 2 - N°4, p. 389 – 399.

ROBERT M., « Le fait syndical dans la magistrature française », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 3, no. 3, 2016, p. 417 – 423.

ROBERT M., « Le parquet français et la « rumeur de Strasbourg » », *AJ Pén.*, 2016, p. 565.

ROLAND S., « les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2009/1, n° 29, p. 3 – 75.

ROME F., « Le juge se rebiffe », *D.* 2009, p. 353.

ROME F., « Disparition programmée du petit pois le plus puissant de France... », *D.*, 2009, p. 73.

ROME F., « Magistrature debout, l'Europe aboie, la Chancellerie passe », *D.*, 2010, p. 2761.

ROUDIER K., « Réflexions autour du projet abandonné de constitutionnalisation de l'état d'urgence et de la déchéance de nationalité », *D. actu* 11 avril 2016.

ROUMIER W., « Remise du rapport Léger sur la justice pénale », *D. Pén.*, n°9, septembre 2009.

ROUMIER W., « Adoption de la réforme du Conseil supérieur de la magistrature », *Droit pénal* n° 5, Mai 2016, alerte 33.

ROUSSEAU D., « Le statut du Parquet », *Constitutions*, 2011, p. 295.

ROUSSEAU D., « Le président peut-il être le « garant de l'indépendance » de l'autorité judiciaire ? », *Après-demain*, 2017/1, p. 17 – 19.

ROUSSEAU D., « Pour une refondation radicale de la justice », *Gaz. Pal.*, 12 septembre 2017, n°30, p. 2 – 3.

ROUSSEL S., « Inspection générale de la justice : la Cour de cassation est hors champ », *Gaz. Pal.*, 17 juill. 2018, p. 27.

ROUSSEL V., « Les magistrats dans les scandales politiques », *Revue française de science politique*, 48^e année, n°2, 1998. p. 245 – 273.

ROUSSEL V., « Scandales politiques et transformation des rapports entre magistrature et politique », *Droit et société*, n°44- 45, 2000. Justice et Politique (III). Les magistratures sociales, p. 13 – 39.

ROUSSEL V., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les relations entre la Chancellerie et les parquets en questions - Entretien avec Daniel Ludet », *Mouvements*, 2003/4, n°29, p. 19 – 23.

ROUSSELET M., « L'avancement dans la magistrature au XIXe siècle », *Revue des Deux Mondes*, 15 mai 1965, n° 10, p. 192 – 204.

ROUX J., « Le parquet au milieu du gué », *AJDA*, 2018, p 509.

ROYER J-P., « *Les épurations judiciaires de 1789 à 1815* », communication au Colloque L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire, Association française pour l'histoire de la justice, Paris, 4-5 décembre 1992; *Histoire de la Justice*, année 1993, n° 6, p. 11 – 25.

ROYER J-P., « Formation et culture des hommes de loi au XIXème siècle », *Gnomon*, n° 104, juin-juillet 1996, p. 29 – 35.

ROYER J-P., « Des magistrats et des avocats s'expriment : l'éclosion syndicale », *Les Cahiers de la Justice*, Dalloz, 2016/3 N° 3, p. 407 – 416.

RUBI-CAVAGNA E., « Le parquet peut-il émettre un mandat d'arrêt européen ? », *D.* 2019, p. 2122.

SALAS D., « Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1995, n° 2, p. 181 – 192.

SALAS D., « Le tiers pouvoir, de l'utopie à la réalité », in ROYER J-P. (dir.). *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 248 – 261.

SALAS D., « Quelle justice à l'aube du nouveau quinquennat ? », *Les cahiers de la justice*, 2017, p. 383 – 386.

SALAS S., « Juge, récit de Marcel Lemonde », *Les cahiers de la justice*, 2020, p. 153 – 156.

SANDEVOIR P., « Les modalités juridiques des épurations au XIXème siècle » , in *Les Épurations administratives XIXe-XXe siècles*, Colloque organisé à Paris le 23 mai 1977, Publications du Centre de recherches d'histoire et de philologie de la IVe section de l'École Pratique des Hautes Études, Genève, Droz, 1977, p. 105 – 115.

SAUVAGEOT A., « Le Conseil supérieur de la magistrature », *Hommes et Mondes*, juin 1947, p. 324 – 333.

SAUVAGEOT A., « Enquête sur l'origine sociale des magistrats », *Le pouvoir judiciaire*, 147-148, janvier-février 1960.

SAUVIGNAC C., « L'État et la fonction publique : enseignements et perspectives. », in. *Revue juridique de l'Ouest*, 2009-2., p. 137 – 168.

SCHOULER C., « L'École nationale de la magistrature, appareil reproducteur du corps judiciaire », in J.P. MIGNARD (dir.). *Justice pour tous*, Paris, Éd. la Découverte, 2001, p. 257 – 261.

SEIGNOBOS C., « La séparation des pouvoirs », *La Revue de Paris*, 15 février 1895, p. 709 – 732.

SERGENT G., « La magistrature et les codes. Recrutement, organisation, compétence », Paris, Pédone, 1885, 33p. , in. *La France judiciaire*, 1885-1886, p. 37-48, p. 145 – 163.

SIMON D., « Indépendance des juges nationaux », *Europe*, n° 1, Janvier 2020, comm. 1.

SILVERA V. « L'immovibilité des magistrats du siège », *Revue administrative*, 1967, n° 119, p. 584 – 587 ; n° 120, p. 710.

SILVERA V., « Les récentes mesures relatives à l'amélioration de la situation des magistrats », *Revue administrative*, 1969, n° 130, p. 494 – 495.

SIRE P., « Les problèmes du juge », *Revue des Deux Mondes*, 1er juillet 1964, n° 13, p. 86 – 100.

SLOBODANSLKY C., "Il ne faut pas confondre l'indépendance des juges et l'autonomie du pouvoir judiciaire- entretien avec Bertrand Mathieu, *LPA*, 19 oct. 2015, p. 4.

SOULEZ LARIVIERE D., « Proposition pour des réformes », in. *L'indépendance de la magistrature en France et en Italie*, actes du colloque, 3 et 4 avril 1998, organisé par le Centre d'études juridiques comparées et le Centre de recherches italiennes de l'Université de Paris 10 Nanterre, Paris, Dalloz; Versailles, *Revue juridique des Barreaux*, 1999, p. 211 – 217.

SOULEZ LARIVIERE D., « Le problème du ministère public français », *AJ Pénal*, 2011, p. 112.

SUDRE F., « Apparences dans la Convention européenne des droits de l'homme », Colloque Juge et apparences, TACIP Toulouse, 4-5 mai 2009, p. 167 – 183.

SUDRE F., « Le rôle du parquet en question », *JCP. G.*, 2010, I, 454.

TANGUY J-F., « Magistrats riches, magistrats pauvres, magistrats endettés en France au XIX^e siècle », in B. GARNOT (dir.), *Les Juristes et l'Argent. Le coût de la justice et l'argent des juges du XIV^e au XIX^e siècle*, Dijon, EUD, 2005, p. 169 – 181.

TIBERGHIE F., « Quelles perspectives pour la future réforme du CSM ? », *JCP. G.*, n° 30-35, 28 Juillet 2014, 860.

THIERRY G., « Le procureur est sur WhatsApp », *D. actu.*, 24 février 2020.

THIERRY J-B., « L'arrêt Medvedyev c/ France du 29 mars 2010 : juge d'instruction : 1 – Parquet : 0 », *Droit pénal*, n° 6, Juin 2010, étude 12.

THOMAS C., « La communication par le bas au ministère de la Justice », *Communication et organisation*, 2009, p. 171 – 181.

THOUZELLIER B., « Du juge d'instruction... au parquet, les surprises de la réforme de la procédure pénale ! », *Gaz. Pal.*, 25 janv. 2011, p. 17.

TORT O., « La magistrature française face aux deux Restaurations (1814-1815) », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 49, 2014, p. 93 – 107.

TOUZEIL-DIVINA M., « Printemps et Révolutions arabes », in « La séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, n°143, Novembre 2012, p. 29 – 47.

TOUZEIL-DIVINA M., « L'avis (conforme et négatif) du CSM ... qui n'en était pas vraiment un ! », *JCP. G.*, n°46, 11 novembre 2013, 1192.

TROPLONG R-T., « Institution de la magistrature », *Revue de législation et de jurisprudence*, 15^e année, nouvelle série, t.3, septembre-décembre 1849, p. 311-316.

TROPER M., « Fonction jurisprudentielle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 5 – 15.

TROPER M., « Séparation des pouvoirs », dans *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne], sous la direction de Catherine Volpilhac-Auger, ENS de Lyon, septembre 2013.

TROPER M., « À quoi sert la séparation des pouvoirs ? Le point de vue de la théorie du droit », *Titre VII*, n°3, novembre 2019, 8p.

TUDESQ A.J. « Le concept de notable et les différentes dimensions de l'étude des notables. » In *Cahiers de la Méditerranée*, n°46-47, 1, 1993. Bourgeoisies et notables en Méditerranée (XVIIIe-XXe siècles), Actes du colloque de mai 1992 à Grasse, p. 1 – 12.

TUNC R., « Le problème de l'indépendance de la magistrature », *Revue administrative*, 1950, n° 14, p. 186-187, n° 15, p. 291 – 292.

URVOAS J-J., « L'Inspection générale de la Justice, au service du renforcement de l'efficacité des juridictions et du système judiciaire », *D. actu.*, 13 janvier 2017.

VERNY E., « L'indépendance du Parquet français », *D. étudiant*, 15 février 2018.

VILLACEQUE J., « Magistrats et avocats : quelle formation commune pour servir ensemble la justice ? Un débat actuel », *D.*, 2013, p. 263.

VILLEPREUX L. de, « La Restauration et l'inamovibilité judiciaire », Paris, J. Gervais, 1880, 55 p, in. *Le Correspondant*, t. 121, 25 novembre 1880, p. 591 – 643.

VIRIOT-BARRIAL D., « Le syndicalisme dans la magistrature judiciaire », *Droit social*, 2017, p. 518.

VUELTA SIMON S., « Le ministère public espagnol : un corps séparé des juges », *Les cahiers de la justice*, 2009, p. 73 – 83.

ZANON N., « Le parquet dans le système institutionnel italien », in. B. MATHIEU, M.VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Paris, Les cahiers constitutionnels de Paris 1, Dalloz, 2012, p. 31 – 39.

ZARKA J-C., « Réforme du Conseil supérieur de la magistrature : adoption par le Sénat », *D.* 2013, p. 1753.

IV - DOCUMENTS OFFICIELS ET RAPPORTS

1. Propositions et projets de loi

FLANDIN E., Proposition de loi ayant pour objet de régler les conditions d'admission et d'avancement dans la magistrature des cours et des tribunaux, par MM. Etienne Flandin, Alexandre Bérard (Ain), Alicot, Léon Bourgeois (Marne) (10 février 1894), Paris, impr. de Motteroz, s. d., 18 p.

Avant-projet du futur code de procédure pénale soumis à concertation, 1^{er} mars 2010, 225 p.

Proposition de loi constitutionnelle instaurant la fonction de procureur général de la Nation, présentée par Messieurs Jean-Pierre GRAND, Marc BERNIER, Jean-Pierre DECOOL, Jacques DOMERGUE, Jean UEBERSCHLAG et Michel ZUMKELLER, députés, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 novembre 2011, Assemblée Nationale, n° 3930, 8 p.

Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013, Assemblée nationale, n° 815.

Amendement n°21, présenté par M. RAIMBOURG, rapporteur au nom de la commission des lois et M. FENECH, 23 mai 2013, **Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature**, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013, Assemblée nationale, n° 815.

Amendement n°43, présenté M. LARRIVE, 23 mai 2013, **Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature**, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013, Assemblée nationale, n° 815.

Amendement n°50, présenté M. AUBERT, 24 mai 2013, **Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature**, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013, Assemblée nationale, n° 815.

Amendement n°3, Projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, n° 1226, déposé le 4 juillet 2013.

Projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, n° 1226, déposé le 4 juillet 2013.

Proposition de loi organique de M. Éric Ciotti relative à l'impartialité des magistrats, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 mai 2014, n° 1922.

Proposition de loi constitutionnelle instaurant la fonction de procureur général de la Nation, présentée par M. Jean-Pierre Grand, Sénateur, enregistrée à la Présidence du Sénat le 19 août 2015, Session extraordinaire de 2014-2015, Sénat, n° 664, 10 p.

Projet de loi organique relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société, déposée au Sénat en date du 28 octobre 2015.

Projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, n° 720, adopté le 26 avril 2016.

Projet de loi organique *relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*, Assemblée nationale, commission des lois, rapport n°3716, présenté par C. UNTERMAIER, 4 mai 2016, 287p.

Projet de loi constitutionnelle *pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018, Assemblée nationale, n° 911.

Amendement n° 709 et 2272, **Projet de loi constitutionnelle *pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace***, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018, Assemblée nationale, n° 911.

Amendement n° 1518, Art. 12, **Projet de loi constitutionnelle *pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace***, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018, Assemblée nationale.

Projet de loi constitutionnelle *pour un renouveau de la démocratie*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 août 2019, Assemblée nationale, n° 2203.

Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, n° 2457 rectifié, Assemblée Nationale, déposée le 3 décembre 2019.

Projet de loi instituant un système universel de retraite, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 janvier 2020, Assemblée nationale, n° 2623 rectifié.

2. Débats parlementaires

Archives Parlementaires, 1789, T. X p. 725 ; 1790 T. XIII, p. 344 ; T. XV, 1790, p. 370.

MADIVAL et LAURENT, Archives parlementaires, 1^{ère} série, T. 2 Etats Généraux – cahiers des sénéchaussées et baillages, Paris, 1879, 796 p. ; 1^{ère} série, T. XV, Paris, 1879, T. XV, 802 p.

Chambre des députés, Débats parlementaires ; séances du 30 mai 1882, du 6 juin 1882, du 8 juin 1882, du 10 juin 1882, du 26 juin 1882 15 janvier 1883, du 25 janvier 1883, du 24 mai 1883, 6 juin 1883, Séance de mars 1899, du 16 janvier 1934.

Assemblée Nationale, Débats parlementaires ; Séance du 3 mai 1983 ; 4 juin 2013 ; du 5 avril 2016.

MOLINS F., Commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, Mercredi 5 février 2020, Séance de 14 heures 30, Compte rendu n° 4.

3. Rapports

LAMETH A., « Rapport sur l'avancement militaire par M. Alexandre de Lameth, en annexe de la séance du 19 septembre 1790 », in. Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799), T. XIX – Du 16 septembre au 23 octobre 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1884. p. 70-81.

« **Rapport de la commission du budget sur l'augmentation des traitements de la magistrature** », *Gazette des tribunaux*, 17 mai 1846.

Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, Rapport au Président de la République, *Propositions pour une révision de la Constitution*, 15 février 1993, 106 p.

Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, Commission présidée par Pierre Truche, juillet 1997, 500 p.

Rapport de la Commission « Cabannes » sur l'éthique dans la magistrature, novembre 2003, 48 p.

Le recrutement et la formation initiale des magistrats du siège. Etudes de législation comparée, Senat, n°164, 2006.

Rapport 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, présidée par M. André Vallini et rapporté par M. Philippe Houillon, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, Assemblée nationale, n° 3125.

FAUCHON P. et GAUTIER C., Rapport n° 383 (2006-2007), fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois.

Commission de Venise, Nominations Judiciaires, Rapport adopté lors de la 70e session plénière (Venise, 16-17 mars 2007), CDL-AD(2007)028, Strasbourg, 22 Juin 2007.

BALLADUR E., Rapport du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, La documentation française, Fayard, 2007, 181p.

SGARD J., *Les Comptes Généraux de la Justice : une description des institutions judiciaires de la France au XIX^e siècle*, Rapport de Recherche Institut CDC pour la Recherche, Sciences-Po, 2010, 38 p.

AUDIER F., BACACHE-BEAUVALLE M., MATHIAS E., Rapport GIP droit et justice, « Les magistrats entrés par une voie latérale », septembre 2013, 163p.

Communication judiciaire et relations presse -Guide pratique pour les magistrats, Direction des services judiciaires, Cabinet de la directrice Pole communication, Ministère de la justice, novembre 2011, 74 p.

CNCDH, Avis sur l'indépendance de la justice, JORF n° 0176 du 31 juillet 2013, texte n° 102.

Commission de modernisation de l'action publique sous la présidence de Jean-Louis NADAL J-L., procureur général honoraire près de la Cour de cassation, Refonder le ministère public, Novembre 2013, 123 p.

CRETIN L., « L'opinion des français sur la justice », *Infostat justice* n° 125, janvier 2014.

Les dépenses de santé en 2015, éd. 2016, Drees, n°1390, 212 p.

« **La syndicalisation en France** », DARES Analyse, mai 2016 n°25, Ministère du travail, 10 p.

Rapport Professeur BOUVIER, « **Quelle indépendance financière pour l'autorité judiciaire ?** », Rapport au premier président de la Cour de cassation et au procureur général près cette cour, Cour de cassation, Juillet 2017, 198 p.

Systèmes judiciaires européens, Efficacité et qualité de la justice ; Les Etudes de la CEPEJ N° 26, Edition 2018 (données 2016), 341 p.

« **Les magistrats ; un corps professionnel féminisé et mobile** », Infostat Justice, Ministère de la Justice, 2018, n°161, 8 p.

Résultats Commission d'avancement 2019, Ministère de la Justice.

Profil des promotions 2016, 2017, 2018 et 2019 des auditeurs de justice issus des trois concours d'accès et du recrutement sur titre, Secrétariat du Directeur-Adjoint chargé des recrutements, de la Formation Initiale et de la Recherche, ENM.

DEMOLI Y., WILLEMEZ L., *L'âme du corps, La magistrature française dans les années 2010 : morphologie, mobilité et conditions de travail*, rapport final, juin 2019, 112 p.

SCHWAB K., *The Global Competitiveness Report*, World Economic Forum, 2019, 666 p.

MIJATOVIC D., Commissioner for the Human Rights of the Council of Europe, *Report following her visit to Poland from 11 to 15 march 2019*, Conseil de l'Europe, 28 juin 2019, 33 p.

Justice under pressure, repressions as a means of attempting to take control over the judiciary and the prosecution in Poland -Years 2015 – 2019, Association « Iustitia », 2019, 202 p.

MIJATOVIC D., Commissaire aux droits de l'Homme, L'indépendance des juges et de la justice menacée, Conseil de l'Europe, Carnet des droits de l'Homme, Strasbourg, 3 septembre 2019.

INSEE, Bilan démographique 2019, Population totale par sexe et âge au 1^{er} janvier 2020, France.

Les chiffres clés de la justice 2019, Ministère de la justice, 40 p.

Rapport « Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile », Direction des affaires civiles et du Sceau, Ministère de la justice, 7 novembre 2019, 16 p.

Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République En conclusion des travaux d'une mission d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction, présenté par M. BRETON et PARIS députés, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2019, 63 p.

Mission Haute Fonction Publique « Pour une haute fonction publique plus agile, plus attractive et plus représentative », Rapport Thiriez, 30 janvier 2020, 96 p.

Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 septembre 2020, n°3296, Assemblée nationale, 895 p.

Inspection générale de la justice, *Inspection de fonctionnement d'une enquête conduite par le parquet national financier*, Rapport définitif, n° 069 – 20, Septembre 2020, 129 p.

4. *Communications*

Réponse du Ministère de la justice à la question écrite n° 07334 de M. Emmanuel Hamel (Rhône - UMP), JO Sénat du 18 septembre 2003, p. 2854.

Sur l'unité du corps judiciaire, Syndicat de la magistrature, publié le 1er décembre 2003, mis à jour le 20 septembre 2006.

Vade-Mecum de l’AJM, Conseil d’administration de l’AJM, 1^{er} juin 2007.

Statuts de l’AJM, 23 juin 2007.

Association Professionnelle des Magistrats - Déclaration de la nouvelle APM, 2012.

HOLLANDE F., engagement n° 53, Mes 60 engagements pour la France, campagne présidentielle 2012.

Guide des droits du magistrat, Syndicat de la magistrature, éd. 2013, 188 p.

Compte rendu du Conseil des ministres du 13 mars 2013 : Réforme de la Constitution, 13 mars 2013.

Communiqué de presse de Christiane Taubira, garde des sceaux, ministre de la Justice, « Arrêt de l’expérimentation des citoyens assesseurs », 18 mars 2013.

« L’ENM ne discrimine pas et n’a jamais discriminé de candidat à la magistrature atteint du VIH », communiqué de presse de l’ENM en date du 30 novembre 2015.

Communiqué de presse du garde des sceaux, Olivier LEURENT nommé directeur de l’Ecole nationale de la magistrature, 13 juillet 2016.

Communiqué du Conseil supérieur de la magistrature du jeudi 13 octobre 2016.

Communiqué de presse du garde des sceaux du 13 octobre 2016.

MACRON E., Programme En Marche, campagne présidentielle 2017.

ENM, « Lettre ouverte à Maître Eric Dupond-Moretti », 12 septembre 2017, 3 p.

MELENCHON J-L., L’avenir en commun, programme élection présidentielle, Février 2017.

Le PEN M., Engagement n°23, 144 engagements présidentiels, Marine 2017.

Allocution de J-C. MARIN, procureur général près la Cour de cassation, Colloque « la déontologie des magistrats de l’ordre judiciaire », Vendredi 30 juin 2017.

Union syndicale de la magistrature, « Toujours plus loin vers la clochardisation de la Justice », communiqué du 11 juillet 2017.

Syndicat de la magistrature, « Nominations : Qui a le pouvoir ? », *C’SM*, n°3, octobre 2014.

MARQUES F. C., Président de Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL) « Criminal conviction of mr murat arslan » – protest note, 19 janvier 2019.

Magistrats : vos droits, Union syndicale de la magistrature, 4^e éd., 2019, 340 p.

Audition de l'USM par la commission Nallet sur la réforme du pourvoi en cassation, USM, 14 mars 2019, 9 p.

Observations devant le groupe de travail sur le pourvoi en cassation, SM, 21 mars 2019, 9 p.

Communiqué commun d'appel à la grève le 17 décembre, Syndicat de la magistrature, 14 décembre 2019.

L'heure est grève, Communiqué SM, 10 janvier 2020.

Lettre ouverte de l'Union Syndicale des Magistrats (USM) et du Syndicat de la Magistrature (SM) aux magistrats polonais, 16 janvier 2020.

Communiqué de la Cour de cassation, lundi 27 janvier 2020.

Communiqué de presse de l'USM sur le mouvement des avocats, Communiqué USM, 13 février 2020.

Observations de l'USM sur les projets de formation commune avec la haute fonction publique et de réforme des recrutements, USM, 7 janvier 2020, 5 p.

« **RAPPORT THIRIEZ : de la disruption à l'évaporation** », SM, 6 mars 2020, 11 p.

MEDEL, « 23rd of May - Alert Day for the Independence of Justice », 23 mai 2020.

L'indépendance de l'autorité judiciaire, Conseil Constitutionnel (site internet du Conseil Constitutionnel).

Conférence nationale des procureurs de la République, Communiqué de presse en date du 7 juillet 2020.

Syndicat de la magistrature, « Notre courrier au nouveau Garde des Sceaux », 8 juillet 2020.

USM, « Le CSM confirme l'urgence de la réforme du statut du parquet », Communiqué de presse, 16 septembre 2020.

Syndicat de la magistrature, « Avis du CSM et rapport de l'IGJ sur une enquête du PNF : notre courrier au garde des Sceaux », 16 septembre 2020.

Communiqué du CSM, 18 septembre 2020.

Discours du garde des sceaux, ministre de la Justice, lundi 21 septembre 2020.

Communiqué de Presse de l'ENM, Bordeaux, 21 septembre 2020.

USM, Syndicat de la magistrature, « Point de corporatisme, mais de la Démocratie », 22 septembre 2020.

Conférence de presse commune organisée par l'USM et le SM, 1^{er} octobre 2020.

V - DICTIONNAIRES, LEXIQUES ET ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES

ACADEMIE FRANCAISE, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} édition

ALLAND D. et RIALS S.(dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, coll. Quadrige, 2003, 1649 p

CABRILLAC R. (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris, LexisNexis, 2020, 552 p.

CADIET L.(dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, 1362 p.

CAPITANT H. (dir), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 1930, 530 p.

CORNU G. (dir), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2020, 1091 p.

LITTRÉ É., *Dictionnaire de la langue française*, 2^e éd., version informatisée 2.0 (© M. DESCERISIERS), 2009.

.

VI - TEXTES NORMATIFS

A – Droit interne

I . Lois

Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790, Collection générale des lois, décrets, arrêtés, Paris, 1817, T. 1er, p. 434 et s.

Loi du 18 mars 1800 sur l'organisation des tribunaux, Coll. Complète des lois, décrets, T. 12, p. 151 et s.

Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice, Bull. Loi T12, 1810, n°282, p. 291 et s.

Loi du 28 ventôse an VIII sur l'organisation des tribunaux.

Loi du 22 ventôse an XII « Loi relative aux Ecoles de droit », Bull. Loi, n°355.

Loi du 16 juin 1824 concernant l'admission à la retraite des juges atteints d'infirmités graves et permanentes, Bull. loi n°674, p.337 et s.

Loi du 31 août 1830 relative au serment des fonctionnaires publics ; *Duvergier*, t.30, 1830 p. 187 et s.

Loi du 30 décembre 1830 qui supprime les juges auditeurs et statue sur les conseillers auditeurs et les juges suppléants, in DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Imprimerie de F.VITALIS, Aix, 1853, p. 55

Loi du 14-20 avril 1832 sur l'avancement dans l'armée, *Duvergier*, T.32, p. 141.

Loi du 25 mai 1838 sur les Justices de paix, in. Bull. des lois du royaume de France, IXème Série, T. XVI, p. 705 et s.

Loi du 25 mars 1871 qui déclare nuls les décrets des 28 janvier et 3 février 1871, prononçant la déchéance de 15 magistrats, Bull. lois, T.II, 1871, p. 83 -84.

Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, JORF du 31 août 1883, p. 4569.

Loi du 21 mars 1884 autorisant les syndicats en France, JORF du 22 mars 1884.

Loi du 19 juillet 1889 sur les dépenses ordinaires de l'instruction primaire publique et les traitements du personnel de ce service, *Duvergier*, T. 89, 1889, p. 398 et s.

Loi du 1^{er} décembre 1900, *Duvergier*, 1900, p.557.

Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, JORF du 2 juillet 1901, p. 4025.

Loi du 12 juillet 1905 concernant la compétence des juges de paix et la réorganisation des justices de paix, JORF du 13 juillet 1905, p. 4281 et s.

Loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, JORF du 16, 17 et 18 avril 1906, n°105, p. 2197 et s.

Loi du 8 avril 1910 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1910, JORF du 10 avril 1910, n°98, p. 3157 et s.

Loi du 8 avril 1910 portant sur le budget, JORF du 10 avril 1910, n°98, p. 3167.

Loi du 5 novembre 1926 portant conditions de nominations des juges de paix, JORF du 10 novembre 1926, p. 11966 et s.

Loi du 27 juillet 1940 relative à la forme des actes administratifs individuels, JORF du 28 juillet 1940, p. 4585

Loi du 13 août 1940 portant interdiction des associations secrètes, JORF du 14 août 1940, n°201, p. 4691 – 4692.

Loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs, JORF du 18 octobre 1940, p. 5323.

Loi du 11 août 1941 sur les sociétés secrètes, JOEF du 12 août 1941, p.3365.

Loi du 2 juin 1941 remplaçant la loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs, JOEF du 14 juin 1941, p. 2475.

Loi du 11 avril 1946 n° 46-643 ayant pour objet de permettre aux femmes d'accéder à la magistrature, JORF du 12 avril 1946, p. 3062

Loi n°70-613 du 10 juillet 1970 subsistant à l'appellation du CNEJ celle d'école nationale de la magistrature, JORF du 12 juillet 1970, p.6546.

Loi organique n°70-642 du 17 juillet 1970 relative au statut des magistrats, JORF du 19 juillet 1970, p.6747 et s.

Loi n°83-364 du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires dite « Loi Le Pors », JORF du 14 juillet 1983, p. 2174.

Loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, JORF du 12 janvier 1984, p.271.

Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, JORF n°0028 du 3 février 1981, p. 415.

Loi organique n° 92-189 du 25 février 1992 modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 29 février 1992, p. 3086 et s.

Loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, C et XVI, JORF du 28 juillet 1993, p. 10600.

Loi organique du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 8 février 1994, p.2146.

Loi organique n°95-64 du 19 janvier 1995 modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, JORF du 20 janvier 1995, p. 1042.

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038.

Loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n° 0146 du 26 juin 2001, p. 10119, texte n°1.

Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, JORF n°36 du 12 février 2005, p. 2353.

Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, JORF du 6 mars 2007, p. 4184.

Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, JORF du 24 juillet 2008, p. 11890.

Loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, JORF n°0168 du 23 juillet 2010, p. 13562.

Loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, JORF du 11 août 2011, p. 13744.

Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, JORF n°0172 du 26 juillet 2013, p. 12441.

Loi organique du 8 août 2016 n°2016-1090 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°0186 du 11 août 2016, texte n°1

2 . Décrets

Décret des 4, 6, 8 et 11 août 1789 portant abolition du régime féodal, des justices seigneuriales, des dîmes, de la vénalité des offices, *Duvergier*, T.1, p.33 et s.

Décret du 11 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges. In: Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787- 1799) T. VIII - Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1875, p. 397-398.

Décret du 22 décembre 1789 – janvier 1790 relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives, *Duvergier*, T. 1, p. 87

Décret du 31 mars 1790, *Duvergier*, T.1, p. 144.

Décret des 19 et 20 octobre 1792 réglant le mode d'exécution de celui relatif au renouvellement des corps administratif et judiciaire, *Duvergier*, T. V, p.23 et s.

Décret impérial du 16 juillet 1804 concernant l'Administration de la justice et l'Organisation des Tribunaux criminels et civils, Bull. loi, T. III, p. 392 et s.

Décret du 16 mars 1808 portant création d'un corpus de juges auditeurs près de chaque cour d'appel, in DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Imprimerie de F.VITALIS, Aix, 1853, p. 42.

Décret du 24 mars 1808, *Moniteur*, 25 mars 1808, n°85, p. 335.

Décret du 6 juillet 1810 contenant règlement sur l'organisation et le service des cours impériales, des cours d'assises et des cours spéciales, Bull. 4è s., Bull n°300, n°5725.

Décret impérial du 30 janvier 1811 contenant Règlement sur les Dépenses de l'Ordre judiciaire, Bull. loi, n°342, p. 136 et s.

Décret du 22 mars 1813 concernant les Conseillers auditeurs et les Juges auditeurs, in J-C-M.G. DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Imprimerie de F.VITALIS, Aix, 1853, p. 49.

Décret impérial du 13- 20 mars 1815 qui annule tous les changements opérés dans les Cours et Tribunaux, Bull. lois, 6^{ème} série, T. 1, 1815, p. 18 et s.

Décret du 24 mars 1848 concernant les suspensions provisoires prononcées contre des Magistrats par les Commissaires extraordinaires du Gouvernement, Bull. loi, Xème série, 1848, p. 165.

Décret du 17 avril 1848 concernant la suspension ou la révocation des magistrats, *Duvergier*, T. 48, 1848, p.145 – 146.

Décret du 1^{er} mars 1852 sur la mise à la retraite et la discipline des magistrats ; *Duvergier*, T. 52, p. 143 et s.

Décret du 1^{er} mars 1852 portant qu'à l'avenir les fonctions de juge d'instruction pourront être conférées aux juges suppléants près les tribunaux de première instance, *Duvergier*, T. 52, 1852, p. 146.

Décret du 5 mars 1852 relatif aux décisions rendues par les commissions départementales sur les individus qui ont pris part aux troubles du mois de décembre dernier, Bull. loi n°508, 1852, p. 801 et s.

Décret du 8 mars 1852 relatif au serment des ministres, des membres des grands Corps de l'Etat, des Officiers de terre et de mer, des Magistrats et des Fonctionnaires, Bull. lois, Xème série, T. IX, 1852, p. 533 et s.

Décret du 22-27 mars 1852, Coll. lois, T. LII, p. 244 – 245.

Décret du 10 septembre 1870, Coll. Complete des lois, 1870, p. 321

Décrets des 28 janvier et 3 février 1871 prononçant la déchéance de magistrats ayant pris part aux Commissions mixtes de 1852, Bull. lois de la délégation du gouvernement de la défense nationale hors de Paris, XIIe série, Versailles, 1871, p. 387-388.

Décret du 14 janvier 1876 qui supprime, dans les facultés de théologie, de droit et de médecine, des sciences et des lettres et dans les écoles supérieures de pharmacie, les rétributions éventuelles allouées aux professeurs et agrégés, *Duvergier*, T. 76, 1876, p. 32 – 33.

Décret du 29 mai 1876 portant règlement d'administration publique concernant l'institution des attachés à la Chancellerie et aux parquets, *Duvergier.*, T. 76, 1876, p. 128 et s.

Décret du 29 mars 1880 qui fixe à l'agrégation ou association non autorisée dite de *Jésus*, un délai pour se dissoudre et évacuer les établissements qu'elle occupe sur la surface du territoire de la République ; *Duvergier*, T. 80, 1880, p. 214 et s.

Décret du 18 août 1906 portant fixation des garanties spéciales de capacité professionnelle pour les candidats aux fonctions judiciaires et instituant pour les magistrats un tableau d'avancement, JORF du 21 août 1906, n°225, p. 5861 et s.

Décret du 13 février 1908 portant règlement d'administration publique sur le recrutement et l'avancement des magistrats, JORF du 18 février 1908, n° 48, p. 1279 et s.

Décret du 8 juillet 1924 modifiant l'article 11 du décret du 13 février 1908 sur le recrutement des magistrats, JORF du 11 juillet 1924, n°187, p. 6194.

Décret du 21 juillet 1927 valant règlement d'administration publique sur l'avancement des magistrats, JORF du 22 juillet 1927, p.7583 et s.

Décret du 5 juin 1934 "commission consultative de discipline des magistrats du ministère public" devenue "commission de discipline du parquet", JORF du 6 juin 1934, p. 5579.

Décret du 10 janvier 1935 relatif à la communication des dossiers des magistrats et interdisant à ceux-ci toute démarche en leur faveur, JORF du 19 janvier 1935.

Décret n° 59-23 du 7 janvier 1959 portant règlement d'administration publique relatif au centre national d'études judiciaires, JORF du 8 janvier 1959, p. 567 et s.

Décret du 25 juillet 1964, relatif à l'organisation du ministère de la justice, JORF du 28 juillet 1964, p. 6708.

Décret n°71-257 du 7 avril 1971 relatif au collège des magistrats des cours et tribunaux et du ministère de la justice, JORF du 9 avril 1971, p. 3413.

Décret de 26 août 1981, JORF du 28 août 1981.

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, JORF n°6 du 8 janvier 1993, p. 449.

Décret n°93-549 du 26 mars 1993 pris pour l'application de l'article 76-3 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 28 mars 1993, p. 5177.

Décret no 94-199 du 9 mars 1994 relatif au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°58 du 10 mars 1994, p. 3779

Décret du 7 octobre 1994 fixant les dispositions communes applicables aux stagiaires de l'Etat et de ses établissements publics, JORF du 12 octobre 1994, p. 14464.

Décret n° 2008-689 du 9 juillet 2008 relatif à l'organisation du ministère de la justice, JORF n°0161 du 11 juillet 2008, texte n° 19.

Décret n° 2008-1551 du 31 décembre 2008 relatif à l'école nationale de la magistrature, JORF du 1er janvier 2009, p.70.

Décret du 23 décembre 2010 modifiant le décret du 9 mars 1994 relatif au Conseil supérieur de la magistrature, JORF du 28 décembre 2010, p. 22806.

Décret du 15 juillet 2016 portant nomination (magistrature) - M. LEURENT (Olivier), JORF n°0164 du 16 juillet 2016, texte n°84.

Décret du 11 octobre 2016 relatif à la désignation des conseillers prud'hommes, JORF du 13 octobre 2016, texte n°27.

Décret n° 2016-1675 du 5 décembre 2016 portant création de l'inspection générale de la justice, JORF n°0283 du 6 décembre 2016, texte n° 63.

Décret n° 2017-465 du 31 mars 2017 relatif aux déclarations de situation patrimoniale des membres du Conseil supérieur de la magistrature, JORF n°0079 du 2 avril 2017, texte n° 17.

Décret n° 2019-99 du 13 février 2019 relatif aux concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF n°0039 du 15 février 2019, texte n° 8.

3. *Ordonnances*

Ordonnance n°379 de 1302 concernant le Parlement, l'Échiquier de Normandie, et les jours de Troyes, in Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, T. II, p. 790 et s.

Ordonnance du 9 juillet 1341, in *Ordonnances des roys de France de la troisième race*, Vol. II, p. 166.

Ordonnance du Roi du 12-13 juillet 1815 relative aux Fonctionnaires de l'Ordre judiciaire, aux notaires, avoués et autres officiers ministériels nommés depuis le 20 mars dernier, in. *Bull. loi du royaume de France*, 7^e série, T. I, 1815, p. 10 et s.

Ordonnance du 15 février 1815 contenant Institution des Membres composant la Cour de cassation, *Bull. des lois du Royaume de France*, 5^e série, T. III, avril 1815, p. 85.

Ordonnance du Roi du 7 juillet 1818 relative aux fonctionnaires administratifs et judiciaires et aux Commandants et Officiers des Gardes nationales en activité de service au 1^{er} mars dernier, in. *Bull. loi du royaume de France*, 7^e série, T. I, 1815, p. 5 et s.

Ordonnance du Roi du 21 mai 1823 qui fixe, à compter du 1^{er} janvier 1824, le Traitement des magistrats des Tribunaux de première instance placés dans les Villes y dénommées, *Bull. loi*, T. XVI, p. 455 et s.

Ordonnance du Roi du 19 novembre 1823 qui règle le service des conseillers auditeurs dans les cours royales et dans les tribunaux de première instance, et contient des dispositions relatives aux juges auditeurs, in J-C- M.G. DU BEUX, *Du noviciat judiciaire discours prononcé le 7 novembre 1853 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale d'Aix*, Imprimerie de F.VITALIS, Aix, 1853, p. 52 et s

Ordonnance du Roi du 24 avril 1832 en exécution de la loi du 20 avril 1832 sur l'avancement dans l'armée navale, *Duvergier*, T. 32, p. 164.

Ordonnance du 10 août 1834 concernant l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice dans les possessions françaises du nord de l'Afrique, *Coll. Complète des lois*, T. 34, 1834, p. 211 et s.

Ordonnance du 31 octobre 1838 sur l'administration civile de l'Algérie, Coll. Complète des lois, T. 38, 1838, p. 693 et.

Ordonnance du 28 février 1841 sur l'organisation de la justice en Algérie, Coll. Complète des lois, T.41, 1841, p. 94 et s.

Ordonnance du roi du 28 juillet 1841 concernant la magistrature des colonies, Coll. Compl. Des lois, T.41, p. 470.

Ordonnance du 10 septembre 1943 portant réglementation provisoire de la discipline judiciaire, JORF du 11 septembre 1943, n°18.

Ordonnance du 27 juin 1944 relative à l'épuration administrative sur le territoire de la France métropolitaine, JORF du 6 juillet 1944, n°55.

Ordonnance du 13 avril 1945 relative à la discipline judiciaire et à l'avancement des magistrats, JORF du 14 avril 1945, p. 2074 – 2075.

Ordonnance du 9 octobre 1945 relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires et instituant une direction de la fonction publique et un conseil permanent de l'administration civile, JORF du 10 octobre 1945, p. 6378.

Ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF du 23 décembre 1958, p. 11551 et s.

Ordonnance du 31 mars 2016 relative à la désignation des conseillers prud'hommes, JORF du 1^{er} avril 2016, texte n°41.

4. Arrêtés

Arrêté du 22 mai 1959 portant sur les concours d'accès au centre national d'études judiciaires, JORF du 23 mai 1959, p. 5240 et s.

Arrêté du 5 mars 1973 portant sur les modalités d'organisation, règles de disciplines, programme, déroulement et correction des épreuves des deux concours d'accès à l'école nationale de la magistrature, JORF du 16 mars 1973, p. 2838 et s

Arrêté du 14 mars 1986 relatif à la liste des maladies donnant droit à l'octroi de congés de longue maladie, JORF du 16 mars 1986, p.4371

Arrêté du 22 novembre 2001 relatif aux concours de recrutement de magistrats prévus par l'article 21-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF n°272 du 23 novembre 2001, p. 18660, texte n° 13.

Arrêté du 22 mai 2008 relatif à l'organisation des classes préparatoires au premier concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF n°0120 du 24 mai 2008, p. 8478.

Arrêté du 13 juin 2012 précisant l'étendue de l'expérimentation des dispositions prévoyant la participation de citoyens assesseurs au fonctionnement de la justice pénale, JORF du 23 juin 2012, p. 10336

Arrêté du 13 février 2015 fixant le nombre de places offertes à la session 2015 des trois concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF n°48 du 26 février 2015.

Arrêté 11 décembre 2015 portant ouverture au titre de l'année 2016 de trois concours d'accès à l'ENM, JORF n°0293 18 décembre 2015, texte n°17, arrêté 25 mars 2016, JORF du 30 mars 2016, texte n°48.

Arrêté du 25 mars 2016 portant ouverture au titre de l'année 2016 du concours de recrutement de magistrats du second grade de la hiérarchie judiciaire prévu par l'article 21-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JORF n°0077 du 1 avril 2016, texte n° 33

Arrêté du 25 avril 2016 « fixant le nombre de places offertes à la session 2016 des trois concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature », JORF du 29 avril 2016, texte n°31

Arrêté du 5 décembre 2016 précisant les modalités d'organisation de l'inspection générale de la justice et ses missions, JORF n°0283 du 6 décembre 2016, texte n° 64 modifié par l'arrêté du 30 décembre 2019 modifiant les dispositions de l'arrêté du 5 décembre 2016 précisant les modalités d'organisation de l'inspection générale de la justice et ses missions, JORF n°0303 du 31 décembre 2019

Arrêté du 2 mai 2017 fixant le nombre de places offertes à la session 2017 des trois concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF du 10 mai 2017.

Arrêté du 25 mai 2018 fixant le nombre de places offertes à la session 2018 des trois concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF du 30 mai 2018.

Arrêté du 23 mai 2019 fixant le nombre de places offertes à la session 2019 des trois concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF du 28 mai 2019.

5. Circulaires

Circulaire aux Commissaires du Gouvernement du 11 avril 1848, Bull. officiel du ministère intérieur, n°3 et 4, 1848, p. 85 et s.

Circulaire du 3 février 1852 du ministre de la Justice, in. *Moniteur universel*, n° 35, 4 février 1852, p. 189.

Circulaire adressée aux préfets précisant les décrets des 28 janvier - 3 février 1871 prononçant la déchéance de magistrats ayant pris part aux Commissions mixtes de 1852, in *Décret sur les membres des commissions mixtes, Observations présentées par Adolphe Cremieux*, Bordeaux, 1871, p. 12 – 13.

Circulaire du garde des sceaux, ministre de la justice et des cultes, au sujet de l'application de la loi du 8 décembre 1883 relative à l'élection des juges consulaires, JORF n°56, 16^{ème} année, 26 février 1884, p.1061.

Circulaire du 27 septembre 1895 portant création d'un tableau d'avancement, Bull. off. Du ministère de la Justice, 1895, p. 112 – 114.

Circulaire JUS-G-92600-72-C dite « circulaire Vauzelle » sur l'exercice du droit syndical au Ministère de la justice, 4 novembre 1992.

Circulaire du 31 janvier 2014 de présentation et d'application de la loi n°2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, Bulletin officiel complémentaire du 14 février 2014, ministère de la Justice.

Circulaire du 27 octobre 2016 relative à la mise en œuvre des dispositions d'application immédiate de la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, BOMJ du 30 novembre 2016.

6. Sénatus-consulte

Sénatus-consulte du 12 octobre 1807 concernant l'Ordre judiciaire, in Collection générale des lois, T. X, IIème partie Gouvernement impérial, Paris, p.261 et s.

7. Divers

Instructions du 12 décembre 1821, Recueil officiel des instructions du ministère de la justice, t.2, p.119.

Instructions du 15 mai 1850 relatives aux dossiers individuels des magistrats, Recueil officiel des instructions du ministère de la justice, t.2, p.132.

Bulletin officiel de l'Association amicale de la magistrature, 1^{ère} année, n°1, juillet 1911.

Acte constitutionnel n°9 du 14 août 1941, JOEF 16 août 1941, p. 3438.

Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 2019, 63 p.

Annexe au Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 2019, 42 p.

Annexe de l'arrêté du 18 février 2019 modifiant l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux modalités d'organisation, règles de discipline, programme, déroulement et correction des épreuves des trois concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature, JORF n°0046 du 23 février 2019, texte n° 9.

Règlement intérieur de l'Ecole nationale de la magistrature, en application des dispositions du décret n° 72-355 du 4 mai 1972 modifié relatif à l'Ecole nationale de la magistrature, 31 p.

Rapport d'activité du Conseil supérieur de la magistrature 2012, 370 p. ; 2013, 156 p. ; 2015, 160 p. ; 2016, 135 p. ; 2017, 146 p. ; 2018, 194 p.

Programme pédagogique de l'ENM

Statuts du Syndicat de la magistrature, adoptés le 8 juin 1968 et modifiés le 25 et 26 novembre 2018.

Fiches formation ENM, programme de la formation continue 2019 et 2020.

B – Droit international et européen

1. *Union Européenne*

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 25 mars 1957, 344 p.

Décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, 2002/584/JAI, JOCE du 18/07/2002, L190/1 ; modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009.

2. *Conseil de l'Europe*

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4.XI.1950.

Recommandation N° R (94) 12, Comité des ministres aux États membres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, adoptée par le Comité des Ministres le 13 octobre 1994, lors de la 518^e réunion des Délégués des Ministres, Conseil de l'Europe

Charte européenne sur le statut des juges, Conseil de l'Europe, juillet 1998.

Recommandation Rec (2000)19 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 6 octobre 2000.

Lignes directrices européennes sur l'éthique et la conduite des membres du ministère public, les « Lignes directrices de Budapest », Conférence des procureurs généraux d'Europe, Budapest, 29-31 mai 2005.

Avis n° 7 (2005) du Conseil consultatif de juges européens (CCJE), à l'attention du comité des ministres du conseil de l'Europe sur « justice et société », adopté par le CCJE lors de sa 6^e réunion, Strasbourg, 23-25 novembre 2005.

Déclaration de Bordeaux du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) et du Conseil consultatif de procureurs européens (CCPE) intitulée « Juges et procureurs dans une société démocratique », 2 juillet 2009.

Résolution 1685(2009) de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Allégations d'abus du système de justice pénale, motivée par des considérations politiques, dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, adoptée le 30 septembre 2009.

Recommandation CM/Rec(2010)12, Comité des ministres aux États membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, adoptée par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010, lors de la 1098^e réunion des Délégués des Ministres, Conseil de l'Europe.

Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Rapport sur l'indépendance du système judiciaire, partie I : l'indépendance des juges, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 82^e session plénière (Venise, 12-13 mars 2010).

Magna Carta des juges (Principes fondamentaux), Conseil consultatif des juges européens, adopté, lors de sa 11^{ème} réunion plénière (Strasbourg), 17-19 novembre 2010.

Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Rapport sur l'indépendance du système judiciaire, partie II : Le ministère public, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 85^e session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010).

Avis n°17 (2014), du Conseil consultatif des juges européens, « Evaluation u travail des juges, la qualité de la justice et le respect de l'indépendance judiciaire », Conseil de l'Europe, Strasbourg, 24 octobre 2014, 14 p.

Avis n°9 (2014), sur les normes et principes européens concernant les procureurs, du Conseil consultatif de procureurs européens (CCPE) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Approuvé par le CCPE à Rome le 17 décembre 2014.

Avis n° 18 (2015) du Conseil consultatif des juges européens, « La place du système judiciaire et ses relations avec les autres pouvoirs de l'État dans une démocratie moderne », Conseil de l'Europe, Londres, le 16 octobre 2015, 21 p.

Commission de Venise, Liste des critères de l'État de droit, adoptée par la Commission de Venise à sa 106^e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016), entérinée par les Délégués des Ministres lors de leur 1263^e réunion (6-7 septembre 2016), entérinée par le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe à sa 31^e session (19-21 octobre 2016), Strasbourg, 18 mars 2016, 20 p.

Guide sur la communication des tribunaux et des autorités judiciaires de poursuite pénale avec le public et les médias, tel qu'adopté lors de la 31^{ème} réunion plénière de la CEPEJ, Strasbourg, 3 et 4 décembre 2018, 35 p.

3. Traités et documents internationaux

Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1958.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

Principes basiques de l'indépendance de la magistrature, adoptés par le 17^{ème} congrès de la prévention des crimes de Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et approuvés par l'Assemblée générale des nations unies par les résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985.

Statuts du MEDEL, 1985.

Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet, Adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990.

Statuts de l'Association européenne des magistrats, 1992.

Association européenne des juges, charte européenne sur le statut des juges, 1993.

Déclaration de Pékin sur les Principes de l'indépendance de l'appareil judiciaire dans la région de l'Association juridique de l'Asie et du Pacifique, adoptée par la 6^{ème} Conférence des premiers présidents, août 1997.

Association Internationale des Procureurs, Les normes de responsabilité professionnelle et la Déclaration des droits et devoirs essentiels des procureurs et poursuivants de 1999, normes de responsabilité professionnelle et déclaration des droits et des devoirs essentiels des procureurs et poursuivants, adoptées par l'association internationale des procureurs et poursuivants le 23 avril 1999

Projet de Bangalore 2001 sur un code de déontologie judiciaire, adopté par le Groupe judiciaire sur le renforcement de l'intégrité de la justice et révisé lors de la table ronde des premiers présidents organisée au Palais de la Paix à La Haye les 25 et 26 novembre 2002.

Statuts de l'UIM, crée en 1953, Novembre 2003.

Union internationale des magistrats, Statut universel du juge, Adopté par le Conseil central de l'UIM à Taiwan le 17 novembre 1999 mis à jour à Santiago du Chili le 14 novembre 2017.

1. – Autres documents

Code de déontologie judiciaire adopté par la chambre des délégués de l'American Bar Association, août 1972.

Code de déontologie judiciaire des Philippines, septembre 1989.

L'organisation judiciaire en Suisse, Tribunal fédéral Suisse, 15 p.

Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, mise à jour en Novembre 2012.

VII – JURISPRUDENCE

1. Conseil constitutionnel

Décision n°92-305 DC du 21 février 1992, JORF du 29 février 1992, p. 3122.

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 sur le rôle du procureur dans la garde à vue en tant qu'autorité judiciaire, JORF du 15 août 1993, p. 11599.

Décision n°98-396 du 19 février 1998 à propos du recrutement par concours exceptionnels, JORF n°48 du 26 février 1998, p. 2976

Décision DC n°93-356 du 11 août 1993, JORF du 15 août 1993, p. 11599, Rec. p. 217.

Décision DC n° 97-389 du 22 avril 1997, JORF du 25 avril 1997, p. 6271, Rec. p. 45.

Décision DC n°2002-461 du 29 août 2002, JORF du 10 septembre 2002, p.14953, Rec. p. 204.

Décision QPC n° 2010-14/22 du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], JORF du 31 juillet 2010, p. 14198, texte n° 105, Recueil, p. 179.

Décision QPC n° 2012-278 du 5 octobre 2012, JORF du 6 octobre 2012, p.15655, texte n°68.

Décision QPC n° 2016-555 du 22 juillet 2016, M. Karim B. [Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration], JORF n°0171 du 24 juillet 2016, texte n° 29

Décision DC n° 2016-732 du 28 juillet 2016, JORF n°0186 du 11 août 2016, texte n° 2.

Décision n° 2017-169 PDR du 26 avril 2017, Déclaration du 26 avril 2017 relative aux résultats du premier tour de scrutin de l'élection du Président de la République.

Décision QPC n° 2017-680 du 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet], JORF n°0287 du 9 décembre 2017, texte n° 186.

Décision QPC n° 2017-693 du 2 mars 2018, Association de la presse judiciaire - Présence de journalistes au cours d'une perquisition, JORF n°0052 du 3 mars 2018 texte n° 54.

2. Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 27 juin 1968, Neumeister, série A, n° 8, § 44.

CEDH, 17 janvier 1970, Delcourt c. Belgique, 2689/65

CEDH, 4 déc. 1979, n° 7710/76, Schiesser c. Suisse, série A, n° 34, § 28.

CEDH, 29 nov. 1988, Brogan et Autres c. Royaume-Uni, Requête n° 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85.

CEDH, 23 octobre 1990, Huber c. Suisse, n° 12794/87.

CEDH, 29 avril 1999, Aquilina c. Malte, n° 25642/94.

CEDH, 28 mai 2002, Stafford c. Royaume-Uni, n°46295/99.

CEDH, 10 juillet 2008, Medvedyev c. France, n° 3394/03.

CEDH, Grande chambre, 29 mars 2010, Medvedyev c. France, n° 3394/03.

CEDH, 23 novembre 2010, Moulin c. France, Requête n° 37104/06.

CEDH, 27 juin 2013, Vassis c. France, n° 62736/09.

CEDH, 4 décembre 2014, Hassan et autres c. France, n° 46695/10 et 54588/10.

3. Cour de justice de l'Union Européenne

CJUE, 27 mai 2019, OG et PI / parquets de Lübeck et de Zwickau (C-508/18 et C-82/19 PPU) et PF / procureur général de Lituanie (C-509/08).

Affaire C-619/18R, Commission européenne contre République de Pologne, (Indépendance de la Cour suprême), Recours introduit le 2 octobre 2018 ; Recours introduit le 2 octobre 2018, Ordonnance de la Vice-présidente de la Cour, 19 octobre 2018, Ordonnance du Président de la Cour, 17 décembre 2018, Commission Européenne/République de Pologne, Conclusions de l'Avocat Général, M. EVGENI TANCHEV, 11 avril 2019, Affaire C-619/18R, Commission européenne contre République de Pologne ; **CJUE, gr. ch.**, 24 juin. 2019, aff. C-619/18R Commission c/ Pologne.

Arrêt du 25 juillet 2018, Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire), C-216/18 PPU.

CJUE, 9 octobre 2019, NJ /parquet de Vienne, (C-489/19 PPU).

Affaire C-192/18, Commission européenne contre République de Pologne, (Indépendance des juridictions de droit commun) ; **CJUE, gr. ch.**, 5 nov. 2019, aff. C-192/18, Commission c/ Pologne.

Affaire C-791/19, Commission européenne/République de Pologne.

Ordonnance du 12 février 2019, RH, C-8/19 PPU, EU:C:2019:110.

C-585/18 - A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême), **CJUE, gr. ch.**, 19 nov. 2019, aff. C-585/18.

CJUE, 12 déc. 2019, Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours), C-566/19 PPU et Openbaar Ministerie (Procureurs de Lyon et de Tours), C-626/19PPU ; Openbaar Ministerie (Parquet Suède), C-625/19PPU ; Openbaar Ministerie (Procureur du Roi de Bruxelles), C-627/19PPU.

CJUE, gde ch., 26 mars 2020, Miasto Łowicz et Prokurator Generalny, C-558/20 et C-563/20.

Ord. CJUE, Commission/ Pologne, 8 avril 2020, C-791/19R.

4. *Conseil d'État*

CE, 5 juillet 1851, Rouget, Lebon, p.498

CE, 7 août 1885, Garran de Balzan, *D.* 87.3.17.

CE, n° 79.748 du 23 juin 1893, Recueil Lebon, 1893, p. 505 et s.

CE, ass., « Dehaene », 7 juillet 1950, n° **01645** , Publié au recueil Lebon

CE, ass., 31 janv. 1975, « Exertier et Volff », publié au recueil Lebon.

CE, sect., 27 octobre 1978, Debout, *Rec. Leb.*, p. 395

CE, ass., 14 février 1996, Maubleu, *R.F.D.A.* 1996, p. 1189.

CE, 22 janvier 2003, *P., Lebon*, p.897.

CE, 30 décembre 2003, n°243943, AJDA 2004, p.206
CE, 28 décembre 2005 n° 279432, Recueil Lebon, 2005.
CE, 12 décembre 2007 n°296072, Recueil Lebon 2007
CE, 14 juin 2010, n° 330344, Recueil Lebon 2010
CE, 01 octobre 2010, n°311938
CE., 29 octobre 2013, Recueil Lebon 2013, p.259.
CE, 24 octobre 2014, recueil Lebon 2014.
CE, 10e et 9e ss-sect., « Syndicat de la magistrature », 27 mai 2015, n° 3887.
CE, ass., 8 juin 2016, n°382736 et 386701.
CE. 16 juin 2016, n°325669, AJDA 2010, p.1232
CE, 6e et 1re ch., 29 mars 2017, n°397724, Mme B., Mentionnée au Recueil Lebon.
CE, n°406066, 406497, 406498, 407474, 23 mars 2018, Syndicat Force ouvrière magistrats et autres, publié au recueil Lebon.
CE, 6^e et 5^e ch, 25 oct. 2018, n° 405418.

5. Cour de cassation

Cass. 2 germ. an XIII, in FUZIER-HERMAN E. (dir.), « Discipline judiciaire », Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence, *Sirey*, T. XVII, 1899, p. 471.
Cass. 30 mai 1832 « Fouquet », S. 33.1.563.
Cass., 28 mai 1847, S. 47. 1.547.
Cass. 2 déc. 1847 « Gambon », *Journal du palais, Jurisprudence française*, t. 2 de 1847, 1847, Paris, p.651-652.
Cass. 5 juill. 1858, S.1858.1.609.
Cass., 10 nov. 1863, in. FUZIER-HERMAN E. (dir.), « Discipline judiciaire », Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence, *Sirey*, T. XVII, 1899, p. 471.
Cass. Ch. Réun. 25 janvier 1882, S.1882.1.164.

Ch. Rèq. 23 juin 1886, S., 1887, p. 265, note n°7 « La loi du 30 août 1883 a-t-elle conféré l'inamovibilité à la magistrature algérienne ? », S., 1887, p.265 et s.

Cass. Reun. 21 juillet 1871 « Devienne », S. 1871.1.185.

Cass. 2 mars 1889, D. 1889, t.1, p.340.

Cass. crim. 23 mars 1978, n°77-90339, publié au bulletin.

Cass. Crim., 15 décembre 2010, n° 10-83.674.

Cass. crim., 18 janvier 2011, n° 10-84.980.

6. Cour d'appel

C.A Paris, pôle 2, ch. 7, 19 déc. 2019, n° 19/01374, n° 19/01410, n° 19/01382.

7. Tribunal de grande instance

TGI Bobigny, 9 déc. 2019, n° 18292000027

8. Tribunal administratif

TA Paris, 21 février 2013, Mme X. n°1118574/5-2

9. Conseil supérieur de la magistrature

CSM, 8 mai 1888, S. 89.1.243.

CSM, 8 déc. 1888, Reignaud, S. 89.1.243.

CSM-siège, S009, 2 mars 1961.

CSM-siège, S011, 25 janvier 1962.

CSM- siège, S019, 17 juin 1965.

CSM-siège, S020, 24 mars 1966.

CSM-siège, S027, 3 février 1971.

CSM-siège, S044, 8 février 1981.
CSM-siège, S057, 12 décembre 1991.
CSM-siège, S064, 2 juillet 1992.
CSM-siège, S075, 3 février 1994.
CSM-siège, S080, 14 décembre 1994
CSM-siège, S081, 14 décembre 1994.
CSM-siège, S087, 22 novembre 1995.
CSM-siège, S114, 18 janvier 2001.
CSM-siège, S120, 13 décembre 2001.
CSM-siège, S126, 09 juillet 2003.
CSM-siège, S129, 19 janvier 2004.
CSM-siège, S136, 29 octobre 2004.
CSM-siège, S140, 27 septembre 2005.
CSM-siège, S153, 16 octobre 2006.
CSM-siège, S161, 16 juin 2008.
CSM-siège, S166, 24 avril 2009.
CSM-siège, S169, 22 juillet 2009.
CSM-siège, S177, 24 février 2010.
CSM-siège, S179, 19 février 2010.
CSM-siège, S186, 18 novembre 2010.
CSM-siège, S188, 25 novembre 2010.
CSM-siège, S189, 1^{er} décembre 2010.
CSM-siège, S204, 7 février 2013.
CSM-siège, S205, 21 février 2013.
CSM-siège, S209, 19 décembre 2013.
CSM-siège, S212, 30 avril 2014.
CSM-siège, S213, 24 juillet 2014.
CSM-siège, S214, 30 juillet 2014.
CSM-siège, S215, 25 septembre 2014.
CSM-siège, S216, 23 octobre 2014.
CSM-siège, S217, 6 novembre 2014.
CSM-siège, S222, 21 janvier 2015.
CSM-siège, S227, 15 juin 2017.
CSM-siège, S228, 13 juillet 2017.

CSM-siège, S229, 19 juillet 2017.
CSM-siège, S231, 22 janvier 2019.
CSM-siège, S234, 19 décembre 2019.
CSM-siège, S235, 16 janvier 2020.

CSM-parquet, P012, 15 mai 1987.
Avis CSM-parquet, P060, 21 novembre 2008.
Avis CSM-parquet, P064, 9 septembre 2010.
Avis CSM-parquet, P081, 13 janvier 2015.

CSM-Formation plénière, avis, 16 mai 2013.
CSM-Formation plénière, Avis au Président de la République, saisine du 19 juin 2020, 16 septembre 2020.

VIII - ARTICLES DE PRESSE

« **Les polémiques autour de la décision de M. de Charette prennent un tour politique. L'idéologie d'un juge** », Le Monde, 04 octobre 1975.

BUOB J., « Bruay-en-Artois : le premier "petit juge" », Le Monde, 20 juillet 2006.

« **La sanction contre le juge Burgaud va « mécontenter tout le monde** », 20 minutes, 24 avril 2009.

« **Le juge Burgaud bénéficie d'une sanction a minima** », Libération, 24 avril 2009.

« **Le CSM inflige une "réprimande" au juge Burgaud** », Le Monde, 24 avril 2009.

DELMAS-MARTY M., « Réformer le parquet est inéluctable », Le Monde, 5 avr. 2010.

« **Magistrature : moins de la moitié des juges sont syndiqués** », Le Point, 03 juillet 2014.

"**Regrets**" de Hollande: les magistrats saluent un "**début d'explication**", L'express, 14 octobre 2016.

Communiqué du premier président et du procureur général de la Cour de cassation, 10 décembre 2016.

« **Affaire Fillon : l'enquête confiée à trois juges d'instruction (parquet national financier)** », Europe 1, 24 février 2017.

Communiqué de la Présidence de la République, 1^{er} mars 2017.

MONTILLY J. « On a fait un état des lieux de la diversité sociale à l'ENM », L'OBS avec Rue89, 26 janvier 2018.

«**La rapidité avec laquelle l'affaire Fillon a été traitée au début est stupéfiante**», Le Figaro, 4 mai 2018.

« **Le procès Mélenchon relance le débat sur la réforme du parquet** », La Croix, 18 septembre 2019.

Marine Le Pen : "**Il y a incontestablement une politisation de la justice**", AFP, 19 septembre 2019.

« **Procès de la France insoumise: Un « procès politique » ? Parties civiles et parquet démontent la thèse de Mélenchon** », 20 minutes, 20 septembre 2019.

« **Justice : pourquoi les français n’y croient plus** », L’C’xpress, n° 3565, semaine du 30 octobre au 5 novembre 2019.

« **Jean-Luc Mélenchon condamné à trois mois de prison avec sursis pour rébellion et provocation** », Le Parisien, 9 décembre 2019.

« **Chantal Arens, présidente de la Cour de cassation : « La justice œuvre pour les citoyens, pas pour elle-même »** », Le Monde, 12 décembre 2019.

« **Les déclarations de Macron sur l’affaire Halimi rendent les magistrats furieux** », Le Figaro, 24 janvier 2020.

VERGNAUD V., « Dupond-Moretti, grand critique des magistrats et de la justice en France, devient garde des Sceaux », Le Journal du Dimanche, 6 juillet 2020.

Déclaration de l’USM sur la nomination d’Éric Dupond-Moretti, AFP, 6 juillet 2020.

« **«Je ne fais de guerre à personne», répond Eric Dupond-Moretti aux magistrats** », Le Figaro, 7 juillet 2020.

« **Eric Dupond-Moretti dessine sa feuille de route pour ses 600 jours au ministère de la justice** », Le Monde, 7 août 2020.

« **Chantal Arens et François Molins : « Les magistrats sont inquiets de la situation dans laquelle se trouve l’institution judiciaire »** », Le Monde, 29 septembre.

SOULEZ LARIVIERE D., « Sans la séparation des procureurs et des juges, il ne peut y avoir de véritable pouvoir judiciaire », Tribune, JDD, 27 septembre 2020.

Index des principaux noms cités

Les numéros renvoient aux numéros de page

ARISTOTE : 13, 27, 180.
ARENS : 275, 420, 473, 477.
AYRAULT : 421.
BADINTER : 462.
BALLADUR : 338, 442.
BARTHOU : 193, 230.
BELLOUBET : 420, 435.
BONNIER : **199 – 204**, 223 – 225.
BRIAND : 217, 229.
BURGAUD : 430 – 432.
CHARLEMAGNE : 9, 122.
CHARLES VIII : 89.
CHAUVIN : 251.
CHIRAC : 478.
CRÉMIEUX : 133, 139.
DAGUESSEAU : 177, **232 – 237**.
DE MARCÈRE : 238 – 239.
DEBRÉ : 313.
DE GAULLE : 483.
DUFURE : **213 – 217**, 225.
DUPIN : 111, 117, 235.
DUPOND-MORETTI : 501 – 502.
FILLON : 435 – 436, 477.
FLANDIN : **206 – 207**, 227.
FOUCART : 159, **197 – 200**, 216, **281 – 287**, 294.
FOYER : 447, 458.
BONAPARTE (Napoléon) : 72, 73, 131, 146, 177.

BONAPARTE (Louis Napoléon) : 75.
LARGARDE : 251.
LE PEN : 435 – 436.
LOUIS IX : 9.
LOUIS XI : 88 – 90.
LOUIS XIV : 90.
LOUIS XVIII : 131, 146.
LOUVEL : 420, **476**.
MACRON : 419, 427, 435, 465, 475 – 477.
MARIN : 231, 419, 420, 476.
MÉLENCHON : 435 – 437.
MITTERRAND : 337, 458, 462, 478.
MOLINS : 420, 437, 477.
MONTESQUIEU : **12 – 16**, 42, 53, 505.
NADAL : 417, 482.
PEYREFITTE : 277, 453.
PHILIPPE LE BEL : 10, 88.
PHILIPPE : 426.
ROCHE FLAVIN (la) : 163, 166, 168, 173, 174.
ROEDERER : 42, 93.
ROZES : 275.
SARRIEN : 217 – 219, **227 – 231**, 282, 289.
SARKOZY : 423, 460.
TAUBIRA : 63, 418, 462.
TOCQUEVILLE : 56, 204.
TOULEMON : 157.
TRARIEUX : 206 – 207, 227 – 231.
URVOAS : 419, 437, 445.

Index alphabétique

Les numéros renvoient aux numéros de page

Affaire d'Outreau : **430 – 432**, 463, 471.

Amovibilité : 99, 104, **120 - 127**, 132, 136, 139, 147, 384, 448, 490.

Âge : 139 – 140, 147, 155, **167 – 169**, 201, **254 – 256**, 276 – 280, 397 – 399.

Aristocratie : 171, 172, 179, 199.

Auditeurs de justice : 262, 263, 269 – 272, 278, 279, 282 – 284, 299 – 300, **315 – 323, 327 – 334**.

Auditorat : 202, 203, **220 – 226**, 254, 262, 278, 309, 322.

Autorité judiciaire : **18 – 23**, 47, 62, 66, 82, 153, 248, 257, 341, 349, 362, 365, 371, 375 – 384, **405 – 427**, 446 – 451, 466 – 487, 492, 500 – 506.

Avancement : 71, 83, 109, **110 – 119**, 151, 173, **203 - 205**, 222.

Avis conforme : 210, 304, 305, 344, 348 – 351, 372, 380 – 384, 418, 421 – 425, 487, 502.

Avis simple : 373, 380 – 382, 427.

Bourgeoisie : 155, 172, **176 – 179**, 184, 268.

Budget : 188, 215, 316, 344, 394, 395, 443 – 445, 487.

Carrière : 23, 78, 109, 165, 179, 186, 190, 195, 200, 202 – 207, 263, 277, 301, 302, 372, 376, 390, 494, 495, 504.

Centre National des Etudes Judiciaires : 288, **313 – 317**, 322 – 324.

Chefs de cours / de juridictions : 113, 114, 164, 191, 192, 196, 206, 228, 276, 345, 353, 354, 361, 369, 374, 471.

Collège des magistrats : 303.

Colonies : 120, 124 – 128, 216, 227.

Commission d'avancement : 262, 300 – 305, 348, 462.

Compétence juridique : 36, **156 – 163**, 165 – 166, 213, 247, **261 – 266**, 274, 308, 363, 377, 382.

Concours : 53, 58 – 61, **195 – 200**, 205, 212 – 218, 226, 254 – 255, 259, 264, 269 – 270, 279, **281 – 295**, 300, 319, 331, 363, 388, 393, 447.

Conseil supérieur de la magistrature : 60, 66, 96, 210, 211, **237 – 247, 335 – 361**, 369, 372, 373, 374, 375 – 382, 412, 417, 418 – 427, 431, 441 – 443, 450, 462, 472 – 476, 485 – 487, 495, 496, 502.

Conseillers auditeurs : 172, 200, 201, 219 – 222.

Déontologie : 212, **231 – 241**, 291, 320, 323, 324, 357, 361 – 362, 370, 371, 374, 381, 386, 421, 431, 461, 469, 473 – 475, 482, 494.

Diplôme : 121, 159, 160, 204, 251, 261 – 266, 274, 297 – 299.

Direction des services judiciaires : 368, 371, 372, 486.

Discipline (antérieure au CSM) : 60, 191 – 193, 208, 209.

École nationale de la magistrature : 61, 203, 225, 247, 253, 254, 264, 270 – 272, 277 – 279, 284 – 286, **309 – 334**, 346, 368 – 371, 377, 431, 436, 447, 467 – 474, 486, 494, 502.

Élection : 22, 25, 36, **39 – 63**, 81, 84, 85, 92 – 95, 101, 105, 108, 148, 152, 154, 174, 212, 214, 294, 303, 337 – 338, 431, 435, 462, 477.

Épuration : 51, 89, 104, 108, **129 – 153**, 173, 214, 235, 401, 449, 452, 489.

Esprit de corps : 23, 180 – 185, 311, 321, 356, 371.

Études de droit : 158 – 161, 261 – 262, 275.

Examen professionnel : **212 – 217**, 281, 286.

Famille : 23, 97, 133, 170 – 174, 176, 177 – 178, 184, 239, 328.

Féminisation : 251, **272 – 281**.

Fonctionnaire : 7, 68, 73 – 75, 78 – 80, 108, 131 - 135, 165, 176, 193, 206, 205, 228, 261, 263, 297, 298, 312, 317, 319 – 320, 359, 453, 472, 487, 496.

Fortune : 163, 170 – 174, 176, 189, 256.

Garde à vue : 405 – 409, 414, 415, 416, 417, 497.

Hiérarchie : 10, 15, 23, 70, 73, 75, 84, 110 – 117, 187, 188, 204, 208, 255, 259, 277, 278, 298, 310, 311, 315, 316, 404, 423, 434, 441, 476.

Hostilité : 46, 60, 104, 132, 148, 165, 182, 213, **236 – 238**, 259, 318, 360, 369, 434.

Impartialité : 59, 61, 207, 253, 265, 360 – 362, 382, 385, 386, 387, 388, 400, 404, 418, 429, 433, 455, 456, 458, 460, 474.

Inamovibilité : 7, 21, 25, 51, 74, **76 – 153**, 186, 189, 193, 208– 210, 222, 235, 279, 317, 342, 352, 362, 377, 382, 389, 390, 391, 397, 398, 446 – 451, 479 – 485, 489, 494.

Indépendance fonctionnelle : 383 – 394, 391, 404, 405, 410 – 415, 493.

Influence politique : 45, 69 – 75, 78, 84, 93, 94, 100, 114 – 119, 149, 150, 152, 181, 183, 196, 197, 206, 228, 230, 235, 308, 313, 334, 339, 371, 387, 388, 391, 410, 438, 496.

Inspection générale de la justice : 373 - 376, 477, 486.

Inspection générale des services judiciaires : 325, 332.

Instructions individuelles : 383, 384, 371, 410, 411, 413, 417, 418, 437 441, 442, 495.

Intégration directe : 216, 255, 264, 298 – 308, 329.

Juge d’instruction : 119, 221, 360, 406, 430 – 432, 457, 497.

Juge de paix : 44, 65, 95, 120 – 124, 135, 143, 223, 310.

Juge de proximité : 262, 297, 298, 301.

Juges auditeurs : 172, 200 – 201, 219 – 220, 223.

Juges rouges : 457 – 460.

Jury : 17, 50, **157**, 198, 216, 274, 287 – 294, 332 – 333, 346.

Justiciable : 31 – 34, 40, 44, 53 – 60, 80 – 81, 84, 90, 103, 106, 126, 140, 165, 206, 223, 232, 245, 274, 353 – 360, 374, 382, 388, 418, 419, 427, 430, 434 – 438, 465, 467, 474 – 482, 488, 493, 501.

Mandat d’arrêt : 236, **411 – 414**.

Médias : 432, 435, 467 – 472.

Mercuriales : 190, 208, 231, 233, 237.

Moralité : 98, 130, **163 – 166**, 197, **256 – 261**.

Notabilité : 175 – 185, 189, 218, 268, 270.

Noviciat : 199 – 202, 219 – 225, 310.

Origines sociales des magistrats : **176 – 179**, **267 – 271**, 275.

Parquet : 11, 12, 29, 47, 65 – 66, 74, 120 – 127, 136, 139, 143 – 144, 205, 208, 214, 225, 241, 275, 337 – 338, 342, 352, 361, **375 – 385**, 390 – 391, 394, 396, **403 – 451**, 467 – 469, 478 – 485, 488 – 502, 504.

Politisation des magistrats : **112**, 321, **433 – 435**, 456 – 461.

Pouvoir judiciaire : 13, **16 – 22**, 25 – 34, 47, 48 – 53, 56, 62, 79, 82, 94, 96, 101 – 105, 150, 209, 239, 389, 391, 393, 401, 437 – 439, **484 – 497**, 505 – 507.

Procureur général de la nation : 441 – 443.

Recommandations : 51, 68 – 69, 75, 79, 130, 162, 176, 195 – 199, 281, 333, 344, 347, 371.

Recrutement latéral : 198, 217, 262, 264, 278 – 279, **296 – 308**.

Retraite : 96 – 97, 117 – 119, 139 – 147, 210, 352, 357, 363, 389, 393, 397 – 399, 435, 463.

Séparation de la magistrature : 417, 481 – 488, 491, 494 – 496, 502 – 504.

Séparation des pouvoirs : **13 – 22**, 28, 42, 43, 50, 65, 81, 102, 103, 119, 133, 312, 383, 477.

Serment : 61, 75 – 78, 141 – 143, 147, 251, 319 – 320.

Suppléance : 220 – 225, 228, 311, 328, 334.

Syndicalisme : 60 – 63, 290, 313, 315, 322, 368, 371, 383, 431 – 434, **451 – 469**, 478, 501 – 502.

Tableau d'avancement : 202 – 206, 226 – 230, 302, 348.

Traitement des magistrats : 73, 83, 112 – 114, 125, 171, 173, 186 – 189, 200, 210, 216, 226, 234, 352, 395, 396, 400.

Unité de la magistrature : 181, 376, 378, 407, 415, 417, 424, 449, 479, 480 – 487.

Vénalité des offices : 24 – 25, 40, 44, 787 91, 92, 94, 108, 170 – 172, 178, 204 – 205.

Table des matières

REMERCIEMENTS	1
SOMMAIRE	2
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	3
INTRODUCTION	6
I. LA JUSTICE : UNE FONCTION INTIMEMENT LIEE AU POUVOIR POLITIQUE	9
II. LA SEPARATION DES POUVOIRS : L'INDEPENDANCE SOURCE DE LEGITIMITE	13
III. UNE RELATION PAR ESSENCE COMPLEXE AU CŒUR D'ENJEUX FONDAMENTAUX : LA NAISSANCE D'UN PARADOXE	23
PARTIE 1 : LE CONSTAT DE LA DEPENDANCE DE LA MAGISTRATURE AU POUVOIR POLITIQUE	36
TITRE 1 : LA NEGATION DE L'INDEPENDANCE PAR LE POUVOIR POLITIQUE	38
Chapitre 1 : L'affermissement du rôle du pouvoir politique dans la nomination	39
Section 1 : Le questionnement du rôle du pouvoir politique à l'aune du concept de l'élection	39
Paragraphe 1 : L'élection comme point de départ d'une profonde réflexion	39
I : Un concept révélateur d'une opposition d'appréhension de la magistrature	39
II : Une réapparition persistante de cette opposition	48
Paragraphe 2 : L'aspect légitimateur de l'élection en désuétude.....	53
I : L'élection comme mode de recrutement le plus légitimateur	53
II : Le concept d'élection : une voie sans issue	58
Section 2 : La nomination comme unique alternative	64
Paragraphe 1 : La pérennisation de la nomination	64
I : La constance du mécanisme de nomination des magistrats par le pouvoir politique.	64
II. Un processus de nomination contrôlé par le pouvoir.....	67
Paragraphe 2 : La création automatique d'un lien de dépendance.....	71
I : Une mise sous tutelle de la magistrature	71
II : Le contreponds nécessaire par l'inamovibilité	75
Chapitre 2 : La dérégulation de la nomination par la faiblesse de l'inamovibilité	87
Section 1 : Un principe contrarié	87
Paragraphe 1 : La pérennité constatée de l'inamovibilité.....	87
I : Un principe ancien	87
II : Un principe réaffirmé mais contesté.....	95
Paragraphe 2 : Un principe d'inamovibilité limité	109
I : Les faiblesses internes de l'inamovibilité	109
II : Les faiblesses externes de l'inamovibilité	120
Section 2 : Un principe rejeté.....	128
Paragraphe 1 : Les processus d'épurations.....	128
I : Des épurations explicites	129
II : Des épurations implicites.....	137
Paragraphe 2 : La logique politique sous-jacente des épurations	144
I : Le souhait d'une magistrature conforme au pouvoir politique.....	145
II : La volonté d'une magistrature soumise au pouvoir politique	150
Conclusion titre 1 : Un système entièrement pensé pour la domination du pouvoir sur la magistrature.	154
TITRE 2 : L'EFFET NEFASTE DE LA DEPENDANCE AU POUVOIR POLITIQUE	155
Chapitre 1 : Les atteintes portées à la magistrature par sa dépendance	156
Section 1 : Un encadrement de la magistrature marqué par l'absence d'objectivité	156
Paragraphe 1 : L'exigence en priorité d'une compétence subjective.....	156
I : Une compétence juridique éludée	157
II : Une compétence morale comme ancrage subjectif de la dépendance.....	163
Paragraphe 2 : Les critères attendus du magistrat sous emprise de l'arbitraire.	167
I : Une exigence textuelle limitée à l'âge seul.....	167
II : Un large flou discrétionnaire décisif.....	170
Section 2 : L'aboutissement à une magistrature affaiblie.....	175

Paragraphe 1: Une magistrature uniformisée	175
I: Une magistrature créée d'une seule strate de la société : la notabilité	175
II: Un esprit de corps défaillant.....	180
Paragraphe 2 : Une magistrature précarisée	185
I : Une absence totale de considération	185
II : Un système disciplinaire sous contrôle du pouvoir.....	190
Chapitre 2 : L'émergence contrariée des mécanismes d'indépendance	194
Section 1 : Le besoin théorique des mécanismes d'indépendance	194
Paragraphe 1 : La nécessité de garantie de la compétence juridique.....	194
I : L'apparition de l'idée d'un concours comme recrutement objectif.....	195
II : La nécessité de formation professionnelle des magistrats	199
Paragraphe 2 : La pérennisation du magistrat dans la magistrature.....	202
I : L'émergence de l'idée d'une garantie de carrière	202
II : La simplification et l'unification du pouvoir disciplinaire.....	207
Section 2 : L'instauration freinée des mécanismes d'indépendance	212
Paragraphe 1 : Une compétence juridique intégrée mais diluée	212
I : Du concours à l'examen professionnel	212
II : Le détournement de la formation des magistrats	219
Paragraphe 2 : Une pérennité de la magistrature toujours fragile.....	226
I : Un tableau d'avancement en trompe l'œil	226
II : Les bienfaits atténués du CSM par la persistance du pouvoir politique.....	230
Conclusion titre 2 : Un état de dépendance trop ancré empêchant toute prospérité de l'indépendance.	242
CONCLUSION PARTIE 1 : UNE INDEPENDANCE RECHERCHEE GRACE AUX EFFETS DE LA DEPENDANCE MAIS	
FREINEE A CAUSE DE L'ETAT DE DEPENDANCE.....	244
PARTIE 2 : LA NECESSITE D'UNE VERITABLE INDEPENDANCE DE LA MAGISTRATURE PAR	
RAPPORT AU POUVOIR POLITIQUE.....	247
TITRE 1 : UNE REPOSE PALLIATIVE A LA DEPENDANCE.....	249
Chapitre 1 : L'objectivisation du recrutement	250
Section 1 : L'émergence d'une magistrature protéiforme.....	250
Paragraphe 1 : La modification des règles d'entrée de la magistrature	250
I : L'explicitation des qualités du magistrat	250
II : L'affermissement des compétences du magistrat	256
1 : L'exigence secondaire de la compétence morale.....	256
2 : L'obligation principale de compétence juridique	261
Paragraphe 2 : La transformation subséquente de la magistrature	267
I : L'hétérogénéisation sociale inaboutie de la magistrature.....	267
II : La féminisation de la magistrature	272
Section 2 : La refonte des modes de recrutement de la magistrature	281
Paragraphe 1 : L'intégration des concours comme symbole du recrutement objectif	281
I : L'ancrage des concours d'entrée de la magistrature	281
II : Une méthodologie de recrutement scientifique	286
Paragraphe 2 : La multiplication des voies parallèles d'accès à la magistrature	296
I : Un recrutement de complément	296
II : Un encadrement nécessairement strict.....	301
Chapitre 2 : La prise de pouvoir des magistrats sur leur propre corps	309
Section 1 : L'enracinement de la formation du magistrat	309
Paragraphe 1 : La création d'une École et ses conséquences	309
I : La création d'un lieu de formation pour magistrat en débat.....	310
II : L'instauration d'un statut spécifique à la formation	317
Paragraphe 2 : Une formation professionnelle fondamentale.....	321
I : Une formation rationalisée.....	322
II : Une formation uniquement probatoire.....	331
Section 2 : Le CSM, organe pivot de la magistrature.....	335
Paragraphe 1 : La profonde transformation du CSM	335
I : Une évolution de la composition du CSM symbolique du rapport pouvoir politique / magistrature	335
II : Le rôle du CSM comme expression de la contradiction entre indépendance et nomination	340
Paragraphe 2 : Un accroissement majeur des missions du CSM par la marginalisation du pouvoir politique	343
I : Des pouvoirs nouveaux en matière de nomination.....	343

II : Une discipline fortifiée	351
Conclusion titre 1 : Les limites atteintes du paradoxe de la magistrature indépendante nommée par le pouvoir politique	363
TITRE 2 : LE BESOIN D'UNE REDEFINITION TOTALE DES GARANTIES DE L'INDEPENDANCE	365
Chapitre 1 : Une persistance de la présence du pouvoir politique en contradiction avec l'indépendance..	367
Section 1 : Les éléments révélateurs d'une magistrature « à la Française ».....	367
Paragraphe 1 : La persistance du pouvoir politique au sein de la magistrature	367
I : Les interférences du pouvoir politique à l'encontre des magistrats du siège	368
II : L'émergence contemporaine de la question de l'indépendance du parquet.....	376
Paragraphe 2 : La conception universelle de la notion d'indépendance de la magistrature.....	386
I : Un consensus sur le principe d'indépendance de la magistrature	386
II : Une standardisation des magistratures européennes par l'indépendance.....	392
Section 2 : Une interrogation incontournable sur la magistrature « à la Française ».....	403
Paragraphe 1 : La forte remise en cause du modèle français.....	403
I : Une appréciation divergente de la conception française	403
II : Une remise en cause interne de la conception française quasi-unanime	415
Paragraphe 2 : Un statu quo de la relation pouvoir politique / magistrature intenable.....	421
I : L'inaboutissement d'une réforme voulue et attendue	421
II : L'émergence d'une défiance dévastatrice vis-à-vis de la magistrature	428
Chapitre 2 : La destruction du modèle actuel au profit d'un réel pouvoir judiciaire	439
Section 1 : La mort déniée de l'autorité judiciaire	439
Paragraphe 1 : L'inadaptation des réponses à la problématique de la magistrature « à la Française ».....	440
I : L'échec de l'approche de la réforme de la magistrature	440
II : La formule de l'indépendance de l'autorité judiciaire dépassée	446
Paragraphe 2 : L'expression comme preuve de l'obsolescence de la formule d'autorité judiciaire	451
I : Le syndicalisme judiciaire comme moyen de lutte pour l'indépendance.....	451
II : La communication institutionnelle comme moyen d'affirmation de l'indépendance.....	467
Section 2 : Le besoin d'une profonde transformation de la magistrature.....	479
Paragraphe 1 : Un pouvoir judiciaire total pour le siège	479
I : La fin des ambiguïtés constitutionnelles de la magistrature.....	479
II : Un pouvoir judiciaire articulé autour du Conseil supérieur de la justice.....	484
Paragraphe 2 : Une dépendance assumée pour le parquet.....	489
I : Le parquet indépendant : une antinomie preuve de l'essor du pouvoir judiciaire	489
II : Le parquet dépendant : une logique preuve de l'existence du pouvoir judiciaire	493
Conclusion titre 2 : Une nouvelle approche de la magistrature par un retour à sa nature.....	499
CONCLUSION PARTIE 2 : UN CHANGEMENT DE PARADIGME VITAL	500
CONCLUSION GENERALE : LE COURAGE POLITIQUE DE DEPASSER LE PARADOXE.....	504
BIBLIOGRAPHIE	509
I - MANUELS, OUVRAGES GENERAUX ET TRAITES	509
II - OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES	512
III - ARTICLES ET CHRONIQUES	526
IV - DOCUMENTS OFFICIELS ET RAPPORTS	556
1. Propositions et projets de loi.....	556
2. Débats parlementaires	558
3. Rapports.....	558
4. Communications.....	561
V - DICTIONNAIRES, LEXIQUES ET ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES.....	564
VI - TEXTES NORMATIFS.....	565
A – Droit interne	565
1 . Lois	565
2 . Décrets	568
3 . Ordonnances	571
4 . Arrêtés	572
5 . Circulaires.....	574
6 . Senatus-consulte	574
7 . Divers.....	575
B – Droit international et européen	576

1. Union Européenne	576
2. Conseil de l'Europe	576
3. Traités et documents internationaux	578
VII – JURISPRUDENCE	580
1. Conseil constitutionnel.....	580
2. Cour européenne des droits de l'homme.....	581
3. Cour de justice de l'Union Européenne	581
4. Conseil d'État	582
5. Cour de cassation	583
6. Cour d'appel	584
7. Tribunal de grande instance	584
8. Tribunal administratif	584
9. Conseil supérieur de la magistrature	584
VIII - ARTICLES DE PRESSE	587
INDEX DES PRINCIPAUX NOMS CITES	589
INDEX ALPHABETIQUE	591
TABLE DES MATIERES	595