

Commentaire de la décision n° 2010-611 DC – 19 juillet 2010

Loi organique relative à l'article 65 de la Constitution

L'article 31 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République a donné une nouvelle rédaction à l'article 65 de la Constitution relatif au Conseil supérieur de la magistrature (CSM). Les modifications apportées sont les suivantes :

— le Président de la République ne présidera plus le CSM ; quant au garde des sceaux, il pourra continuer à participer à ses séances, sauf en matière disciplinaire ;

– le premier président de la Cour de cassation et son procureur général présideront respectivement la formation compétente pour les magistrats du siège et celle compétente pour les magistrats du parquet ;

– le nombre des personnalités extérieures à la magistrature, communes aux deux formations compétentes respectivement pour les magistrats du siège et pour les magistrats du parquet, sera porté à huit, ce qui place les magistrats en situation de minorité au sein du Conseil dans les formations compétentes pour les nominations et en situation de parité dans les formations disciplinaires (sept magistrats en formation pour avis et huit magistrats en formation disciplinaire) ;

– le CSM donnera son avis sur la nomination de tous les magistrats du parquet (les procureurs généraux, nommés en conseil des ministres, ne sont plus soustraits à cet avis) ;

– la formation plénière du CSM sera officialisée : elle sera présidée par le premier président de la Cour de cassation, qui pourra être suppléé par le procureur général et comptera six autres magistrats provenant pour moitié de chacune des deux formations ainsi que les huit personnalités qualifiées ; cette formation plénière du CSM pourra « *répondre aux demandes d'avis formulées par le Président de la République* » et se prononcer « *sur les questions relatives à la déontologie des magistrats ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le ministre de la justice* » ;

- les justiciables pourront saisir le CSM.

Le projet de loi organique d'application de cet article 65 de la Constitution a été adopté en conseil des ministres le 10 juin 2009 et déposé sur le bureau du Sénat qui l'a adoptée en première lecture le 15 octobre 2009. L'Assemblée nationale l'a, à son tour, adoptée en première lecture le 23 février 2010. En deuxième lecture, le Sénat l'a adoptée le 27 avril 2010 et l'Assemblée nationale le 18 mai 2010. Après réunion d'une commission mixte paritaire (CMP) le 9 juin 2010, le texte a été définitivement adopté le 22 juin 2010 par le Sénat et le 23 juin 2010 par l'Assemblée nationale.

Le mandat des membres actuels du Conseil devait s'achever le 3 juin 2010. La loi organique n° 2010-541 du 25 mai 2010 a prorogé ce mandat jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois suivant la promulgation de la loi organique prise pour l'application de l'article 65 de la Constitution et au plus tard au 31 janvier 2011. Le Conseil constitutionnel a jugé cette loi organique conforme à la Constitution¹.

La loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution comprend deux chapitres modifiant respectivement la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature et l'ordonnance organique du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature. Elle a en réalité un triple objet :

- elle tire les conséquences de la réforme de la composition du CSM ;
- elle détermine les règles applicables à la saisine du CSM par les justiciables ;
- elle procède à diverses modifications du statut des magistrats.

Dans sa décision du 19 juillet 2010, le Conseil a déclaré conforme à la Constitution la loi organique à l'exception de son article 15 et de membres de phrases figurant aux articles 17, 25 et 32. Le Conseil a formulé une réserve sur l'article 7. Dans sa décision, le Conseil a motivé des observations particulières relatives à la constitutionnalité des articles 3, 7, 9, 14, 15, 17, 20, 21, 25 à 30 et 32 à 35. Les autres articles, qui n'appelaient pas de remarques de constitutionnalité ont été déclarés conformes globalement par le dernier considérant de la décision. Conformément à sa jurisprudence constante depuis 1958, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré, dans une loi organique, de dispositions au titre des « cavaliers » (voir par exemple, décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001).

¹ Décision n° 2010-606 DC du 20 mai 2010, *Loi organique prorogeant le mandat des membres du Conseil supérieur de la magistrature*.

I. – Les dispositions relatives au Conseil supérieur de la magistrature

I.1. – Article 3 : nomination des membres du CSM

L'article 3 introduit dans la loi organique du 5 février 1994 deux articles 5-1 et 5-2. Il est relatif aux modalités de désignation, d'une part, de l'avocat et, d'autre part, des six personnalités qualifiées membres du CSM.

– Pour l'avocat, l'article 65, alinéa 2, de la Constitution ne donne aucune précision quant à sa désignation. Il revenait donc à la loi organique d'en préciser les modalités. En vertu de l'article 5-1, celle-ci sera donc faite par le président du Conseil national des barreaux (CNB) après avis conforme de l'assemblée générale du CNB.

Le CNB est, aux termes de l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires, « *chargé de représenter la profession d'avocat notamment auprès des pouvoirs publics* ». Il désigne déjà un avocat à la commission nationale de la vidéosurveillance ou au conseil d'orientation de l'observatoire national de la délinquance.

– Pour les personnalités qualifiées, la désignation doit, aux termes du deuxième alinéa de l'article 65, se faire selon la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution. L'article 5-2 de la loi organique du 5 février 1994, tel qu'il résulte de l'article 3 de la loi organique soumise au Conseil, appelle deux observations.

D'une part, sur amendement adopté au Sénat, il a été ajouté que ces nominations « *concourent, dans chaque cas, à une représentation équilibrée des hommes et des femmes* ». Une telle disposition est fondée sur le dernier alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes duquel « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles* », alinéa déplacé de l'article 3 à l'article 1^{er} et complété depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Compte tenu de la rédaction alors plus restrictive de la Constitution, le Conseil avait censuré une telle disposition en 2001 au motif qu'il ne s'agissait pas de « *mandats et fonctions politiques* »². Par ailleurs, on sait que le Conseil constitutionnel a déjà jugé que la procédure de l'article 13 n'est pas exclusive d'autres modalités relatives aux dites nominations³.

² Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au CSM*, cons. 58.

³ Pour la nomination du président de France Télévision sur avis conforme du CSA, voir la décision n° 2009-576 DC du 3 mars 2009, *Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*.

D'autre part, le Conseil constitutionnel a également déjà jugé que la désignation de la commission compétente dans chaque assemblée parlementaire pour se prononcer sur une proposition de nomination sur le fondement de l'article 13 de la Constitution n'est pas de niveau organique⁴. Le législateur avait d'ailleurs, presque concomitamment à l'adoption de la loi organique relative à l'article 65 de la Constitution, adopté une règle analogue dans la loi ordinaire relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution. Le Conseil l'a déclarée conforme à la Constitution dans sa décision du 12 juillet 2010⁵. Logiquement, le Conseil a déclaré que la dernière phrase de l'article 5-2 de la loi organique du 5 février 1994 relative au CSM n'a pas le caractère organique.

I.2. – Article 7 : déontologie, indépendance et impartialité des membres du CSM

L'article 7 est issu d'un amendement adopté en première lecture au Sénat, qui a été modifié à chaque lecture dans chaque chambre, avant d'être au cœur de la réunion de la CMP du 9 juin 2010, au terme de laquelle il a fait l'objet d'un accord.

– L'article 10-1 inséré dans la loi organique du 5 janvier 1994 ne posait pas de difficulté constitutionnelle. Dans sa version initiale, l'amendement ne rappelait que les « *exigences d'indépendance, d'impartialité et d'intégrité* ». Le rapporteur à l'Assemblée nationale a déposé un amendement pour y ajouter celle de « *dignité* », tirée du serment des magistrats de « *se comporter en tout comme un digne et loyal magistrat* ».

Le Conseil a examiné cette disposition et l'a déclarée conforme à la Constitution en relevant qu'elle a pour effet de soumettre tous les membres du CSM aux mêmes obligations déontologiques, qu'ils soient ou non soumis au statut des magistrats (cons. 9).

– L'article 10-2 est relatif aux règles de déport des membres du CSM. Dans sa rédaction antérieure, la loi organique du 5 février 1994 était muette sur ce sujet. Elle prévoyait seulement, en son article 10, repris de l'article 7 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, que les membres du CSM ainsi que les personnes qui, à un titre quelconque, assistent aux délibérations sont tenus au secret professionnel. La pratique du CSM est évidemment plus exigeante. Le rapporteur au Sénat la résume ainsi : « *D'ores et déjà, la pratique au sein du*

⁴ Décision n° 2008-572 DC du 8 janvier 2009, *Loi organique portant application de l'article 25 de la Constitution*.

⁵ Décision n° 2010-610 DC du 12 juillet 2010, *Loi relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, cons. 5.

CSM impose au membre qui juge que son intervention dans l'examen d'une affaire risquerait de faire naître un doute sur l'impartialité de la décision rendue de se déporter et de ne pas prendre part au délibéré. »⁶

Compte tenu notamment de difficultés rencontrées à l'occasion d'une affaire récente, fortement médiatisée et des exigences renouvelées d'un CSM exemplaire, l'Assemblée nationale et le Sénat ont décidé de préciser les règles de déport. Les débats parlementaires ont porté tant sur la situation particulière de l'avocat que sur la règle générale et son respect. La décision du Conseil constitutionnel du 19 juillet 2010 a traité particulièrement des règles de déport applicables aux chefs de cour et de juridiction.

– En ce qui concerne la situation particulière de l'avocat, le débat a porté sur les activités qu'il pouvait conserver parallèlement à ses fonctions au CSM. L'accord en CMP lui interdit de participer aux avis ou décisions du CSM dans deux cas : d'une part, lorsque cet avis ou cette décision est relatif à un magistrat devant lequel il a plaidé depuis sa nomination au CSM ; d'autre part, lorsqu'il s'agit d'une nomination de magistrats au sein des juridictions dans le ressort desquelles se situe le barreau auprès duquel il est inscrit. Cette double interdiction est à la fois adaptée et non exhaustive. Elle est adaptée car, dans ces deux situations, il apparaît effectivement qu'il y a un risque que l'indépendance et l'impartialité de l'avocat soient mises en doute. Il n'y a pas là de disproportion dans l'interdiction. Cette interdiction n'est pas exhaustive. Il pourrait, en effet, y avoir d'autres situations dans lesquelles l'avocat devrait se déporter.

– Cette absence d'exhaustivité découle, pour l'avocat membre du CSM, du caractère illustratif du deuxième alinéa de l'article 10-2. La règle générale figure au premier alinéa de l'article 10-2. Elle vise tous les membres du CSM, notamment les magistrats qui en sont membres.

L'intention du législateur apparaît ici clairement tout au long des travaux parlementaires et de manière commune aux deux assemblées. Elle traduit une conception exigeante du CSM, qui doit conduire à un déport systématique dès que le membre du CSM est concerné de près ou de loin par l'avis ou la décision à rendre. Selon le rapporteur au Sénat, il s'agit de préciser « *les conditions dans lesquelles un membre ne peut siéger lorsque sa présence pour une affaire donnée pourrait nuire à l'impartialité de la formation qui doit délibérer* »⁷.

On sait que le Conseil d'État veille au respect de cette exigence. Le contrôle des décisions du CSM, dans la nomination des magistrats comme en procédure

⁶ Sénat, rapport n° 635, p. 61.

⁷ Sénat, rapport n° 635, p. 61.

disciplinaire, relève du Conseil d'État. À la suite de sa décision sur les jurys d'honneur⁸, le Conseil d'État a reconnu un caractère juridictionnel aux organismes collégiaux investis par la loi d'une mission de répression disciplinaire et notamment le CSM⁹. Les mesures disciplinaires prises par le CSM à l'encontre des magistrats du siège peuvent ainsi faire l'objet d'un recours en cassation. Pour les magistrats du parquet, le contrôle s'exerce par la voie du recours pour excès de pouvoir contre la sanction elle-même seulement prise après avis du CSM¹⁰. Dans l'exercice de cette compétence, le Conseil d'État censure la participation aux délibérations du CSM d'un membre qui aurait dû se déporter, par exemple celle du chef de cour qui avait attiré l'attention du ministre sur les carences d'un magistrat sanctionné¹¹.

À l'égard de l'article 65 de la Constitution qui organise l'indépendance du CSM comme de cette exigence d'impartialité des membres de celui-ci, l'article 10-2 posait, par l'absence de précision sur la partialité objective, un problème de constitutionnalité qui a conduit le Conseil constitutionnel à formuler une double réserve.

– D'une part, le législateur n'a pas, pour l'ensemble des membres du CSM, détaillé la règle générale du premier alinéa de l'article 10-2 (ne pas « *délibérer, ni procéder à des actes préparatoires lorsque sa présence ou sa participation pourrait entacher d'un doute l'impartialité de la décision rendue* »). Mais, il a notamment visé le cas où un membre du CSM connaîtrait, à un titre ou à un autre, le magistrat dont la nomination ou la situation disciplinaire serait traitée. Le rapporteur, au Sénat, a ainsi indiqué : « *Au nombre des raisons qui justifieront le départ de l'intéressé (...) on doit compter notamment les liens particuliers, personnels ou professionnels, que le membre concerné pourrait avoir avec l'une des personnes en cause, ou les conflits d'intérêt, direct ou indirect, dans lesquels il pourrait être placé.* »¹² Son homologue de l'Assemblée nationale a, de même, souligné cette « *obligation d'abstention* » pour « *les magistrats membres du CSM* »¹³.

En conséquence, le Conseil constitutionnel a jugé, par une première réserve, que tout chef de cour ou de juridiction membre du CSM ne peut délibérer ni procéder à des actes préparatoires lorsqu'il s'agit de nommer un magistrat pour exercer des fonctions dans sa juridiction, de nommer un magistrat qui exerce des fonctions dans sa juridiction ou d'examiner la situation disciplinaire d'un magistrat exerçant des fonctions dans sa juridiction. Cette réserve reprend les

⁸ Conseil d'État, Ass., 7 février 1947, *D'Aillières* n° 79128.

⁹ Conseil d'État, Ass., 12 juillet 1969, *L'Étang*, AJ 1969.559, Chron. Dewost et Denoix de Saint Marc.

¹⁰ Conseil d'État, Sec., 20 juin 2003, *Stilinovic*, 248242.

¹¹ Conseil d'État, 29 juillet 2002, *Mme Roubiscoul*, n° 224952.

¹² Sénat, rapport n° 635, p. 62.

¹³ Assemblée nationale, rapport n° 2163, p. 49.

travaux parlementaires : le rapporteur au Sénat cite expressément ce cas dans son rapport (p. 62). À l'évidence, un doute naîtrait en effet sur l'opportunité qu'aurait alors un chef de cour ou de juridiction de composer celle-ci à sa main. Le rapporteur à l'Assemblée nationale indique que telle est déjà la pratique : « *Au sein du CSM, cette règle est déjà appliquée. Par exemple, le membre du CSM se trouvant dans la même juridiction que le magistrat dont le cas est examiné s'abstient de participer aux délibérations du CSM sur ce point.* »¹⁴

En retenant comme critère le fait que magistrat soit appelé à « *exercer des fonctions dans la juridiction* » ou y « *exerce des fonctions* », le Conseil constitutionnel a pris en compte la distinction entre l'emploi et la fonction de certains magistrats. On sait que, pour fixer une durée maximale d'exercice de certaines fonctions tout en respectant le principe d'inamovibilité des magistrats du siège, la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature a introduit notamment pour les fonctions de chefs de cour et de juridiction, une distinction entre l'emploi et la fonction : un président de tribunal de grande instance (TGI) est désormais nommé à un emploi de président de chambre ou de conseiller à la cour d'appel « *pour exercer les fonctions de président de tribunal* ». À l'expiration de la durée maximale d'exercice de ses fonctions, s'il n'est pas nommé à un autre emploi à sa demande, il est déchargé de ses fonctions de président et va exercer les fonctions correspondant à l'emploi sur lequel il a été initialement nommé. Il en va ainsi que l'intéressé soit président d'un TGI ou procureur devant celui-ci, premier président de cour d'appel ou procureur général près celle-ci, premier président de la Cour de cassation ou procureur général près celle-ci.

La réserve du Conseil constitutionnel n'a pas pour conséquence qu'un premier président de cour d'appel membre du CSM doive se déporter du seul fait qu'il s'agit de nommer un président dans un TGI de son ressort. L'emploi pour lequel il est procédé à la nomination est certes « *dans la juridiction* » du premier président, mais la fonction qu'il s'agit d'exercer est dans une autre juridiction.

Le Conseil constitutionnel a formulé une seconde réserve touchant à la question de la présidence du CSM par le premier président de la Cour de cassation et son procureur général, dont le mandat dans ces fonctions peut excéder la durée de celui des autres membres du CSM¹⁵. Cette situation posait une question touchant à l'indépendance des magistrats élus au CSM. En effet, si ces magistrats ne peuvent faire l'objet d'une mutation pendant la durée de leur mandat, en revanche, à l'issue de celui-ci, s'ils demandent une nomination à d'autres fonctions, ils verront leur situation examinée par le CSM renouvelé mais toujours présidé par celui qui présidait le CSM auquel ils ont participé. En pareil

¹⁴ Assemblée nationale, rapport n° 2163, p. 49

¹⁵ L'article 6 de la loi organique du 5 février 1994 fixe cette durée à quatre ans.

cas, le Conseil constitutionnel a estimé que la protection de l'indépendance des membres du CSM justifiait que le premier président ou le procureur général se déporte. Ainsi, les magistrats élus au CSM verront leur indépendance à l'égard du président protégée pendant leur mandat.

Le Conseil constitutionnel a, enfin, formulé une précision touchant à l'obligation de déport du membre du CSM dont ce conseil examine la situation, soit en application de l'article 10-1 parce qu'il lui est imputé d'avoir manqué à ses obligations, soit en application du dernier alinéa de l'article 10-2, parce qu'il doit être statué sur une difficulté touchant à une demande de récusation. Le Conseil a précisé qu'en pareil cas, le magistrat dont la situation est examinée ne doit pas participer à la délibération.

Il s'agit là de la reprise du droit existant, tel qu'il ressort d'une décision du Conseil d'État du 30 juin 2003¹⁶. Au titre des « *règles générales de procédure* » qui doivent être observées par le CSM, le Conseil d'État fait figurer la règle selon laquelle, en matière de déport, le CSM « *doit statuer sans la participation de celui de ses membres qui en est l'objet* ». Le Conseil d'État avait alors précisé « *qu'aucune disposition de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ne fait obstacle à l'application de ces règles générales et que leur application n'est pas incompatible avec l'organisation du CSM* ». En conséquence, il avait annulé la décision du CSM, alors que celui de ses membres dont le déport était demandé y avait siégé. L'existence de ce contentieux souligne que l'évidence doit parfois être rappelée.

I.3. – Article 9 : autonomie budgétaire de CSM

L'article 9 insère dans la loi organique du 4 février 2004 un article 12 qui dispose : « *L'autonomie budgétaire du CSM est assurée dans les conditions déterminées par une loi de finances.* » Pour analyser cet article 9 il est nécessaire de se référer à l'article 7 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF). Cet article 7 prévoit, de manière générale, que les crédits « *sont spécialisés par programme ou par dotation* » au sein de chaque mission.

Toutefois le troisième alinéa du paragraphe I de l'article 7 de la LOLF prévoit qu'une « *mission spécifique regroupe les crédits des pouvoirs, chacun d'entre eux faisant l'objet d'une ou plusieurs dotations* ». Le Conseil constitutionnel a jugé que « *ce dispositif assure la sauvegarde du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics concernés, lequel relève du respect de la séparation des pouvoirs* »¹⁷. Cette décision ne liste pas les pouvoirs publics

¹⁶ Conseil État, 6^e et 4^e sous-sections réunies, 30 juin 2003, n° 222160.

¹⁷ Décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 25.

constitutionnels qui doivent ainsi être protégés budgétairement au titre de la séparation des pouvoirs. En réalité, seule la présidence de la République, l'Assemblée nationale, le Sénat, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de la République sont concernés à ce titre. Le traitement budgétaire du Conseil d'État, de la Cour des comptes ou du Conseil économique, social et environnemental, par exemple, sont traités dans une mission propre « *Conseil et contrôle de l'État* » mais cette dernière ne bénéficie pas de la protection constitutionnelle de l'autonomie financière au titre de la séparation des pouvoirs. Il en va de même pour le CSM et l'article 9 de la loi organique.

L'article 9 de la loi organique a été adopté à l'initiative du rapporteur de la commission des lois du Sénat, M. Lecerf. Celui-ci a voulu écarter le rattachement du CSM au programme « Justice judiciaire » de la mission « Justice » « *afin qu'il n'ait pas à quémander régulièrement à la direction des services judiciaires des dotations exceptionnelles pour couvrir ses dépenses de fonctionnement... (cette) situation fait peser un soupçon fort sur l'indépendance du CSM par rapport à cette direction qui à la fois est responsable du programme "justice judiciaire" et est chargée de présenter au CSM des propositions de nomination ou des saisines disciplinaires* »¹⁸. En conséquence, M. Lecerf a indiqué que le CSM « *devrait trouver sa place dans la mission Pouvoirs publics ou dans la mission Conseil et contrôle de l'État* ».

Le garde des sceaux avait donné un avis défavorable à cet amendement au motif que « *les modifications apportées par l'article 65 de la Constitution, tel qu'il résulte de la révision constitutionnelle, n'ont ni pour objet, ni pour effet de transformer le CSM en un pouvoir constitutionnel, au même titre que le Conseil constitutionnel* »¹⁹. En effet, l'article 9 ne peut avoir cette portée. L'utilisation de l'expression « *autonomie budgétaire* » vise au regroupement des crédits du CSM de manière cohérente dans un programme spécifique. Ceci n'interdirait pas néanmoins de placer le programme « CSM » dans la mission « Justice », chaque mission comprenant « *un ensemble de programmes concourant à une politique publique définie* ». En revanche, il n'en résulte pas une "sanctuarisation" des crédits du CSM. L'article 9 laisse entière la liberté du Parlement de fixer chaque année les crédits du CSM au niveau qu'il estime adéquat. Il n'y a avec cette disposition nulle assurance quant au niveau de ces crédits, pas plus que pour le Conseil d'État, la Cour des comptes ou le Conseil économique, social et environnemental. Il s'agit de permettre que le CSM bénéficie d'une enveloppe annuelle qui lui sera propre et bien identifiée mais la fixation du niveau de celle-ci relèvera du seul Parlement.

¹⁸ CMP, 9 juin 2010.

¹⁹ Sénat, Débats, 15 octobre 2009.

I.4. – Article 15 composition paritaire du CSM en matière disciplinaire

L'article 15 insère un article 18-1 dans la loi organique du 5 février 1994 qui dispose : « *Lorsqu'elle siège en matière disciplinaire, la formation compétente comprend un nombre égal de membres appartenant à l'ordre judiciaire et de membres n'y appartenant pas.* »

Cet article 15 part de l'idée que l'article 65 de la Constitution impose, lorsque le CSM siège en formation disciplinaire, une parité entre magistrats et non-magistrats. Dès lors, cet article 15 impose cette parité, y compris si un ou plusieurs membres sont absents. Faute de toute précision dans l'article 15, il faut comprendre que cet article renvoyait au règlement intérieur du CSM le soin de déterminer les modalités selon lesquelles un membre qui n'est pas magistrat devra ne pas siéger.

Cet article posait deux difficultés constitutionnelles, l'une touchant à sa conformité à l'article 65 et l'autre relative à l'éventuelle incompétence négative du fait de l'absence de règles définissant la manière dont est choisi le membre du CSM qui se trouverait exclu de la délibération par application de cette règle de parité.

La première difficulté a suffi à motiver la censure de cet article : l'article 65 de la Constitution a mis en place un CSM siégeant à seize membres en formation disciplinaire (siège ou parquet). À chaque fois, huit membres sont magistrats, huit ne le sont pas. Pour autant l'article 65 n'énonce nulle part une règle selon laquelle la formation paritaire ne pourrait siéger que dans une composition paritaire. Or, c'est de cette prétendue règle de parité que l'article 15 de la loi organique déduit que toute absence d'un membre magistrat doit conduire au retrait d'un membre non magistrat (et vice et versa). Ce dispositif n'invente pas seulement une règle de parité qui ne figure pas à l'article 65, il va directement à l'encontre de cet article qui désigne comme membres du CSM les seize magistrats et non-magistrats. Les intéressés ne sont pas membres à éclipse selon la présence des autres. Ils tirent directement de la Constitution le devoir et le droit de siéger dans la formation disciplinaire du CSM une fois qu'ils ont été désignés. La circonstance qu'un autre membre ne siège pas ne peut conduire à les priver de ce droit pour restaurer une hypothétique « parité ».

I.5. – Article 17 : formation plénière du CSM

L'article 17 insère un article 20-2 dans la loi organique du 5 février 1994 qui dispose : « *La formation plénière du Conseil supérieur a compétence pour connaître des demandes formulées soit par le Président de la République, au titre de l'article 64 de la Constitution, soit par le garde des sceaux, ministre de*

la justice, sur les questions énumérées par l'article 65 de la Constitution, ainsi que pour se prononcer sur les questions relatives à la déontologie des magistrats. Elle élabore et rend public un recueil des obligations déontologiques des magistrats. »

Cet article 17 relatif aux compétences de la formation plénière du CSM posait également une question constitutionnelle. Il fait application du huitième alinéa de l'article 65 de la Constitution aux termes duquel : « *Le CSM se réunit en formation plénière pour répondre aux demandes d'avis formulées par le Président de la République au titre de l'article 64. Il se prononce dans la même formation, sur les questions relatives à la déontologie des magistrats ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le ministre de la justice.* » Il interprète toutefois cet article comme permettant la saisine d'office du CSM sur les questions relatives à la déontologie des magistrats. Une telle lecture pouvait se prévaloir d'un argument de texte : la dernière phrase de cet article 65 peut paraître, dans une première interprétation, ne pas mettre en commun les termes « *dont le saisit le ministre de la justice* » aux deux compétences énoncées auparavant (« *sur les questions relatives à la déontologie des magistrats* » ; « *ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice* »). Il n'y a, en effet, pas de virgule avant le « *dont* ». Selon cette interprétation, la saisine du ministre de la justice ne serait pas en facteur commun et ne porterait que sur les questions relatives au fonctionnement de la justice.

Toutefois, cette interprétation n'était pas conforme aux travaux préparatoires de l'article 65 de la Constitution.

Lors de la révision constitutionnelle de 2008, ni le « comité Balladur », ni le projet de loi constitutionnelle du Gouvernement ne prévoyait l'institution d'une formation plénière du CSM. Celle-ci a été introduite à l'Assemblée nationale par un amendement du Gouvernement (n° 610 Rect.) dont le huitième alinéa disposait : « *Le Conseil supérieur de la magistrature se réunit en formation plénière pour répondre aux demandes d'avis formulées par le Président de la République au titre de l'article 64 de la Constitution. Il se prononce, dans la même formation, sur les questions intéressant la déontologie des magistrats ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le garde des sceaux (...).* »

L'exposé des motifs de cet amendement n'est pas éclairant. La discussion en commission des lois l'est en revanche. M. Montebourg y a déposé un sous-amendement n° 624 complétant la deuxième phrase de l'alinéa 8 de cet amendement 610 Rect. par les mots « *ou dont il se saisit lui-même* ». Il l'a ainsi soutenu : « *La formation plénière du CSM, telle qu'elle a été prévue dans*

l'amendement gouvernemental, ne peut être saisie que par le Président de la République et le garde des sceaux. La formation plénière du CSM doit, en cas de dysfonctionnement manifeste de la justice, pouvoir se saisir elle-même, si le garde des sceaux ne le fait pas. La saisine d'office est connue comme un mécanisme fonctionnant correctement, compte tenu de la modération des institutions qui disposent de cette prérogative. À n'en pas douter, le CSM gagnerait à pouvoir se saisir d'office dans sa formation plénière, et nous prions nos honorables collègues de la majorité de voter ce sous-amendement avec nous. »

M. Warsmann, rapporteur au nom de la commission des lois, a donné un avis défavorable en indiquant que *« la commission des lois, suivie par le Gouvernement, a proposé d'ouvrir la saisine aux justiciables, ce qui constitue une avancée considérable. J'émet donc un avis défavorable au sous-amendement n° 624 »*. Le Gouvernement a également donné un avis défavorable. Mis à part un changement rédactionnel (question *« relative »* et non question *« intéressant »*), cet alinéa 8 n'a plus été modifié dans la suite de la révision constitutionnelle. L'intention du constituant est donc claire : la formation plénière du CSM ne peut pas s'autosaisir. Le rapport de M. Warsmann, en deuxième lecture, est à nouveau extrêmement net sur ce point : *« Ont ainsi été confirmés (au Sénat) (...) : la définition précise des missions de la formation plénière, qui pourra donner son avis à la demande du Président de la République ou répondre aux questions de déontologie et de fonctionnement de la justice posées par le ministre de la justice. »*²⁰ Un amendement de M. Le Bouillonnet (n° 294) élargissant la saisine a, de nouveau, alors été rejeté.

Un argument confortatif vient de la rédaction retenue à l'article 71-1 de la Constitution lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Cet article 71-1 relatif au Défenseur des droits, dispose expressément : *« Il peut se saisir d'office. »* Ainsi, si le constituant avait entendu permettre une autosaisie du CSM, il aurait retenu une rédaction proche de celle de l'article 71-1.

Dès lors, le Conseil a déclaré contraire à la Constitution, à l'article 20-2 de la loi organique du 5 février 1994, tel qu'il ressort de l'article 17 de la loi organique soumise au Conseil, les mots : *« ainsi que pour se prononcer sur les questions relatives à la déontologie des magistrats. »*

²⁰ Assemblée nationale, rapport n° 1009.

II. – La saisine du CSM par les justiciables

II.1. – Article 14 : commissions d’admission des requêtes

L’article 14 de la loi organique institue des commissions d’admission des requêtes au CSM qui examineront, dans un premier temps, les plaintes de justiciables.

La « formation siège » et la « formation parquet » du CSM comprennent chacun une ou plusieurs commissions d’admission. Chacune de ces commissions est composée de quatre membres du CSM, deux magistrats et deux personnalités qualifiées. Ces quatre membres, comme le président de la commission, sont désignés, selon le cas, par le premier président ou par le procureur général de la Cour de cassation. Le quorum pour délibérer est de trois membres. Toute affaire ayant reçu deux voix dans le sens de renvoi, est transmise à la formation compétente du CSM. Les membres de la commission d’admission ne peuvent alors siéger au CSM en formation disciplinaire. Il en va de même si le CSM en est saisi par ailleurs.

Le Conseil a jugé que la création de commission d’examen des requêtes au sein du CSM n’était pas contraire à la Constitution. Le caractère très large de l’habilitation donnée par le dixième alinéa de l’article 65 de la Constitution permettait de telles dispositions. Il a, en outre, relevé que les règles imposant que les membres de la commission des requêtes se déportent lorsque l’affaire est examinée par la formation disciplinaire sont de nature à garantir l’impartialité des formations du CSM.

II.2. – Articles 25 et 32 recevabilité des plaintes des justiciables

L’article 25 est relatif à la saisine disciplinaire du CSM par un justiciable à l’encontre d’un magistrat du siège. Il insère un article 50-3 dans l’ordonnance du 22 décembre 1958 dont le premier alinéa dispose : « *Tout justiciable qui estime qu’à l’occasion d’une procédure judiciaire le concernant le comportement adopté par un magistrat du siège dans l’exercice de ses fonctions est susceptible de recevoir une qualification disciplinaire peut saisir le Conseil supérieur de la magistrature. La saisine du Conseil supérieur ne constitue pas une cause de récusation du magistrat.* »

Cet article 25 met en œuvre l’avant-dernier alinéa de l’article 65 de la Constitution (« *Le CSM peut être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par la loi organique* »). Les articles 26 à 30 de la loi organique procèdent à des adaptations de la procédure disciplinaire compte tenu de la saisine du justiciable. Pour les magistrats du parquet, ce sont les articles 31 à 35 qui

procèdent aux adaptations analogues en tenant compte d'une part du principe d'indivisibilité du parquet et d'autre part de la mission du CSM qui donne un avis sur la poursuite disciplinaire mais n'est pas, comme pour les magistrats du siège, un conseil de discipline.

En ce qui concerne la recevabilité des plaintes, quatre points sont à relever dans cet article 25 (et dans l'article 32 pour les magistrats du parquet) :

- la saisine du CSM est limitée au cas où une faute disciplinaire est susceptible d'avoir été commise par le magistrat dans l'exercice de ses fonctions et le droit de saisir du CSM est réservé au justiciable qui estime devoir se plaindre du comportement d'un magistrat à l'occasion d'une procédure judiciaire le concernant ;
- la saisine du CSM ne constitue pas une cause de récusation ;
- La plainte ne peut être « *présentée après l'expiration d'un délai d'un an suivant une décision irrévocable mettant fin à la procédure* » ;
- la plainte ne peut être dirigée contre un magistrat qui demeure saisi de la procédure « *sauf si, compte tenu de la nature de la procédure et de la gravité du manquement évoqué, la commission d'admission des requêtes estime qu'elle doit faire l'objet d'un examen au fond* ».

Cette exception est issue d'un amendement adopté au Sénat avec l'avis favorable du Gouvernement. Il s'agissait de viser des procédures par nature particulièrement longues notamment les procédures de tutelle, d'assistance éducative ou d'application des peines.

Tout en reconnaissant que, dans son principe, cette disposition ne heurtait aucune exigence constitutionnelle, le Conseil l'a néanmoins jugée contraire à la Constitution au motif que le législateur organique n'avait pas adopté les garanties adaptées pour assurer la protection de l'indépendance et de l'impartialité du magistrat mis en cause et éviter que cette procédure ne porte atteinte à la bonne administration de la justice.

Le fait qu'un magistrat fasse l'objet d'une plainte à la demande d'une partie dans une procédure que ce magistrat doit encore juger pose évidemment un problème d'impartialité (le magistrat est-il encore impartial à l'égard de celui qui le poursuit ?), d'indépendance (l'existence d'une faute du magistrat peut-elle être utilisée pour tenter de faire pression sur lui dans la décision qu'il va rendre ?) et de bonne administration de la justice (le magistrat mis en cause doit-il attendre, avant de juger dans la procédure concernée, de savoir s'il va être

renvoyé devant la formation disciplinaire du CSM ?). Des garanties appropriées sont donc indispensables.

Pour estimer que de telles garanties manquaient en l'espèce, le Conseil a relevé plusieurs omissions dans la loi organique.

En premier lieu, le périmètre de cette dérogation permettant de déclarer recevable la plainte contre un magistrat qui demeure saisi de la procédure n'est pas définie. Le législateur organique a notamment renvoyé aux commissions d'admission des requêtes le soin de définir « *la nature* » des procédures dans lesquelles cette dérogation s'applique. Si les travaux parlementaires pouvaient clairement indiquer certaines procédures, il reste des incertitudes, touchant notamment à l'instruction préparatoire.

En deuxième lieu, le Conseil a relevé que le magistrat en cause qui est averti de la plainte et peut même être entendu par la commission d'admission des requêtes, n'a pas accès à son dossier ni à la plainte. Il n'est donc pas en mesure d'apprécier le sérieux de la mise en cause dont il fait l'objet pour, le cas échéant, demander à être dessaisi de la procédure correspondante.

En troisième lieu, la loi organique n'encadre cette procédure dans aucun délai : le magistrat demeurant saisi de la procédure, le délai de forclusion d'un an à compter de la décision mettant fin à la procédure de manière irrévocable ne peut, par hypothèse, avoir commencé à courir. La plainte du justiciable peut donc viser des faits commis de nombreuses années antérieurement. De même, la procédure d'examen par la commission d'admission des requêtes n'est enfermée par aucun délai de sorte que le magistrat mis en cause est placé dans l'incertitude sur son sort alors même qu'il doit continuer à rendre une ou plusieurs décisions dans la procédure qui compte le justiciable qui a porté plainte contre lui.

III. – Le statut des magistrats

III.1. – Article 20 : les procureurs généraux

L'article 20 est relatif aux procureurs généraux. Il fait suite à la décision du Conseil constitutionnel n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007 sur la loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats. Le Conseil avait alors jugé :

« 17. Considérant que l'article 24 de la loi organique prévoit que, dans certaines conditions, les procureurs généraux près des cours d'appel sont

nommés "de droit" avocats généraux à la Cour de cassation ; que, toutefois, il serait procédé à ces nominations non par décret en conseil des ministres, mais "dans les formes prévues à l'article 38" de l'ordonnance du 22 décembre 1958, c'est-à-dire par décret simple du Président de la République ;

« 18. Considérant que le septième alinéa de l'article 65 de la Constitution impose, dans ces conditions, l'avis du Conseil supérieur de la magistrature ; que, si la loi organique examinée, en renvoyant à l'article 38 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, prévoit bien un avis du Conseil supérieur de la magistrature, cet avis serait privé d'effet utile dès lors que la nomination serait de droit ;

« 19. Considérant qu'il s'ensuit que l'article 24 de la loi organique ainsi que son article 34, qui en est inséparable, sont contraires à la Constitution. »

La modification de l'article 65 de la Constitution permet aujourd'hui de dépasser cette jurisprudence. En effet, le CSM donnera désormais un avis lors de la nomination aux fonctions de procureur général près la cour d'appel à la fois sur cette nomination et sur celle comme magistrat hors hiérarchie du parquet de la Cour de cassation. En conséquence, le CSM rendra alors un avis, doté d'un « effet utile », ce qui permet d'introduire pour les procureurs généraux une disposition analogue à celle existante à l'article 37 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 pour les premiers présidents de cour d'appel, qui sont en même temps nommés magistrat hors hiérarchie du siège à la Cour de cassation.

III.2. – Article 21 : définition de la faute disciplinaire des magistrats

L'article 21 complète la définition de la faute disciplinaire, en l'étendant à certains actes juridictionnels. Actuellement, la faute disciplinaire est définie à l'article 43, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance du 22 novembre 1958 comme « *tout manquement aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité* ». On se souvient qu'en 2007, le législateur organique avait tenté de compléter cette définition en reprenant la jurisprudence du Conseil d'État et du CSM. Il avait précisé que « *constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, commise dans le cadre d'une instance close par une décision de justice devenue définitive* ». Le Conseil constitutionnel avait censuré ces dispositions au motif que « *l'indépendance de l'autorité judiciaire, garantie par l'article 64 de la Constitution, et le principe de la séparation des pouvoirs, proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789, n'interdisent pas au législateur organique d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle en prévoyant qu'une violation grave et délibérée d'une règle de*

procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties puisse engager une telle responsabilité ; que, toutefois, ces mêmes principes font obstacle à l'engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive »²¹.

L'article 21 reprend directement la formulation du Conseil constitutionnel et l'intègre dans la définition de la faute disciplinaire.

²¹ Décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, cons. 7.