

ASSEMBLEE DU CONTENTIEUX

Séance du 29 septembre 2023
Décision du 11 octobre 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

La question de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des litiges mettant en cause les organes constitutionnels extérieurs au pouvoir exécutif est au nombre de celles soumises à votre assemblée dont la difficulté, que reflètent des disputes doctrinales parfois vives, tient à la délicate conciliation entre les principes de légalité, du droit au recours, de séparation des pouvoirs et de hiérarchie des normes. Peut-être plus que d'autres commande-t-elle aussi de la part de ceux chargés de les exposer une humilité particulière, si l'on se réfère au nombre d'affaires rendues, en ces matières, sur conclusions contraires¹.

Dans sa dimension organique et matérielle, la décision attaquée devant vous présente un caractère inédit, comme d'ailleurs l'unique moyen de légalité dirigé contre elle : le syndicat de la magistrature vous demande d'annuler pour excès de pouvoir la décision par laquelle le président du Sénat a nommé Mme Dominique L... pour siéger au Conseil supérieur de la magistrature (CSM), au motif qu'en sa qualité de magistrat honoraire, ou à tout le moins d'ancienne magistrate, elle ne satisferait pas la condition, définie à l'article 65 de la Constitution, tenant à ce que la personne qu'il désigne n'appartienne pas à l'ordre judiciaire.

Associé aux décisions de nominations des magistrats judiciaires et chargé d'assurer leur discipline, le CSM, on le sait, s'est progressivement affirmé comme la « *clef de voûte de l'indépendance de l'autorité judiciaire* »². D'abord institué par le législateur en 1883 comme émanation de la Cour de cassation, autonomisé et consacré au niveau constitutionnel en 1946 puis plusieurs fois remanié sous la Ve République, il compte aujourd'hui deux formations. Celle compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation et comprend en outre cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet

¹ Voir notamment les arrêts d'Assemblée B..., Mme BB..., P..., évoqués plus loin.

² Hubert Haenel: *Le Conseil supérieur de la magistrature: clef de voûte de l'indépendance de l'autorité judiciaire*, La vie judiciaire, 24 mars 1996, p. 2

élus par leurs pairs, un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, un avocat désigné par le conseil national des barreaux, ainsi que six personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif, désignées à parts égales par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat. La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet, présidée par le procureur général près la Cour de cassation, comprend en outre cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège, ainsi que le conseiller d'État, l'avocat et les personnalités qualifiées présentes dans l'autre formation.

1. Admettre la compétence de la juridiction administrative pour connaître de la décision attaquée suppose de franchir trois obstacles successifs.

1.1. Le premier, qui ne vous effraiera guère, est tiré de ce que, se rapportant à l'organisation du CSM, donc à la carrière et à la discipline des magistrats judiciaires, le présent recours tendrait à remettre en cause la **séparation des autorités administrative et judiciaire**.

En vertu de ce principe, le juge administratif est incompétent pour connaître de toute décision, même émanant d'un organe exécutif, ayant trait à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Toutefois, selon la ligne de partage tracée par l'arrêt du tribunal des conflits *Préfet de la Guyane* (TC 27 novembre 1952, au recueil p. 642), il appartient à la juridiction administrative de connaître des actes relatifs à l'organisation du service public de la justice.

Un an plus tard, votre décision d'Assemblée *F... et V...* en a tiré les conséquences en rangeant dans cette dernière catégorie les litiges relatifs à la régularité de la composition du CSM et, en particulier, des élections des magistrats appelés à y siéger³. L'arrêt ne tranche pas la question qui nous intéresse aujourd'hui : la décision attaquée par MM. F... et V... émanait du bureau de dépouillement institué par la loi⁴ et la question posée à l'assemblée du contentieux était donc de déterminer si ce bureau électoral constituait, ainsi que le juge l'arrêt, une « *autorité administrative* »⁵ ; votre commissaire du Gouvernement Jean Donnedieu de Vabres réservait précisément le cas où un recours serait dirigé contre la désignation d'un membre du CSM par le Parlement, hypothèse dans laquelle (nous citons) « *le principe de la séparation des autorités législative et exécutive retrouverait son application normale* ».

En revanche, cet arrêt fondateur acte votre compétence de principe pour connaître des litiges intéressant le CSM et, par suite, des recours dirigés contre ses délibérations : celles relatives aux nominations de magistrats, dont vous connaissez comme juge de l'excès de pouvoir⁶ comme celles rendues en matière disciplinaire où vous statuez comme juge de cassation⁷.

³ A cette date, le CSM comportait, outre le Président de la République et le garde des sceaux, six personnalités élues par l'Assemblée nationale en dehors de ses membres, deux membres désignés par le Président de la République au sein des professions judiciaires, ainsi que quatre magistrats élus par leurs pairs

⁴ Article 7 de la loi n° 47-235 du 1^{er} février 1947 relative à l'élection et au statut des représentants des magistrats au conseil supérieur de la magistrature.

⁵ Voir également la note du professeur Waline qui circonscrit, dans le même sens, la portée de la décision.

Depuis lors, votre contrôle juridictionnel sur ces délibérations s'est affermi et approfondi⁸, alors même que les révisions constitutionnelles de 1993 et 2008 venaient consacrer, d'une part, un renforcement des prérogatives du CSM, notamment à l'égard des magistrats du parquet⁽⁹⁾ et d'autre part, son émancipation progressive de l'exécutif : alors que le texte originel de 1958 réservait le monopole des nominations au chef de l'Etat¹⁰, la révision de 1993 confie respectivement à ce dernier et aux présidents des deux assemblées le soin de désigner des personnalités qualifiées, siégeant aux côtés de magistrats désormais élus par leurs pairs, tandis que la révision de 2008 met fin à la présidence du CSM par le Président de la République¹¹ et à la vice-présidence du garde des sceaux¹².

Il est donc acquis que la décision attaquée n'échappe pas à votre compétence en ce qu'elle touche à l'organisation du CSM.

1.2. Cependant, un deuxième obstacle résulte de la qualité de l'auteur de l'acte qui rattache, selon nous, la décision attaquée à la catégorie consacrée par votre jurisprudence **des actes parlementaires insusceptibles de recours**.

Cette jurisprudence, qui tient à distance de votre prétoire les actes émanant des organes parlementaires, est motivée par deux types de considérations. L'une est propre à l'office même du juge administratif qui ne saurait connaître, pour en revenir aux sources, que des « *opérations des corps administratifs* » (loi des 7 et 14 octobre 1790, art. 13), « *des difficultés qui s'élèvent en matière administrative* » (Constitution de l'an VIII, art. 52) et des « *actes des diverses autorités administratives* » (ordonnance du 31 juillet 1945, art. 32), de même que

⁶ CE Sect. 22 janvier 1954, *Ratzel*, au recueil p. 46 (étant cependant rapZ... que le contrôle du Conseil d'Etat s'exerce de manière directe uniquement au titre des avis non conformes ; les avis conformes ainsi que les propositions de nomination n'ont pas le caractère de décisions faisant grief, leur régularité pouvant néanmoins être contestée à l'appui d'un recours contre la décision finale).

⁷ CE Ass. 12 juillet 1969, *E...*, au recueil p. 388.

⁸ Ainsi, s'agissant des nominations des magistrats du siège, vous avez admis, de manière prétorienne, que vous soient déférés, comme faisant grief, les avis non conformes du CSM (CE 29 octobre 2013, *M. X...*, n° 346569, au recueil) et, en matière disciplinaire, vous avez choisi de contrôler la qualification juridique retenue par le conseil quant au choix de la sanction infligée (CE 30 juin 2010, n° 325319, 326415, *Mme PP...*, aux tables). Voir également, pour une synthèse générale : D. Pouyaud, *Le Conseil d'Etat et le Conseil supérieur de la magistrature*, RFDA mai-juin 2023, p. 573.

⁹ Avec, en 1993, l'extension de ses attributions aux magistrats du parquet, la substitution de l'avis simple par un avis conforme sur les propositions de nomination des magistrats du siège, ainsi que l'élargissement du pouvoir de proposition aux nominations des présidents de tribunal de grande instance ; puis, en 2008, l'extension de la procédure d'avis simple aux nominations aux postes de procureurs généraux et la création d'une procédure de saisine disciplinaire du CSM par tout justiciable.

¹⁰ Le Président de la République était auparavant saisi d'une liste dressée par la Cour de cassation comportant un nombre triple de celui du nombre de postes à pourvoir (art. 1^{er} de l'ordonnance du 22 décembre 1958).

¹¹ Ce rôle étant désormais dévolu, selon la formation compétente, au premier président de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation.

¹² Bien qu'il cesse de présider le CSM, le chef de l'Etat demeure toutefois, en vertu de l'article 64 de la Constitution, le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

l'arrêt d'Assemblée *Dame Lamotte* du 17 février 1950 consacre le principe selon lequel le recours pour excès de pouvoir « *est ouvert même sans texte contre tout acte administratif* » et que la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 érige en principe fondamental reconnu par les lois de la République la compétence du juge administratif pour connaître « *des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales (...) ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* ». La seconde considération tient au respect du principe de séparation des pouvoirs qui garantit l'indépendance du législatif à l'égard de l'exécutif comme des juridictions et qui prohibe tout contrôle des actes parlementaires en dehors des procédures prévues par la Constitution parce qu'il conduirait à porter atteinte à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement. Comme l'indiquait le doyen Hauriou, l'absence de recours contentieux « *tient aux prérogatives constitutionnelles de l'organe législatif, c'est une des garanties de son indépendance* »¹³.

A l'origine, le critère organique suffisait à lui seul pour exclure la compétence du juge administratif¹⁴. Ainsi, contre l'avis du commissaire du Gouvernement Perret, votre arrêt du 15 novembre 1872, *Carrey de Bellemare* (n°45079, au recueil p. 591) retient que les décisions d'une commission de la chambre des députés révisant les grades des officiers ne sont pas susceptibles d'être attaquées – position de principe réaffirmée jusqu'aux années 1950¹⁵, à de rares inflexions près¹⁶.

Dans cette forteresse contentieuse, une première brèche est introduite avec l'ordonnance du 17 novembre 1958¹⁷, dont l'article 8 autorise les tiers à porter devant les juridictions compétentes, d'une part, les actions en responsabilité au titre des dommages causés par les services des assemblées parlementaires et, d'autre part, les litiges d'ordre individuel concernant les agents de leurs services : désormais, des actes organiquement parlementaires peuvent donc être regardés comme administratifs, à raison de critères matériels. Cependant,

¹³ Note sur CE 3 février 1899, *Joly*, S. 1899, III, p. 121.

¹⁴ Le président Laferrière indiquait déjà à ce sujet que la juridiction administrative « *n'est instituée que pour juger des actes ayant le caractère d'actes d'administration, et émanant d'autorités administratives ; d'où il suit qu'elle ne peut juger ni les actes du pouvoir exécutif qui n'ont pas le caractère d'actes d'administration, ni les actes d'administration qui sont accomplis, non par le pouvoir exécutif, mais par les Chambres* » (Traité de la juridiction administrative, Berger-Levrault, 1888, tome II, p. 3).

¹⁵ Par la suite, cette même position vous a conduit à décliner votre compétence pour connaître de la légalité du refus d'accéder à la tribune du public opposé par les présidents de chambre à un journaliste (CE 24 novembre 1882, *Merley*, p. 933), de la légalité du règlement relatif aux pensions des employés de la chambre (CE 6 juillet 1928, *Dame Coursaget*, n° 98666, p. 868), du refus d'admission à concourir d'un agent (CE 26 mai 1950, *Sieur Vouters*, n° 2562, p. 316), ou de l'attribution d'une allocation de retraite à un parlementaire (CE 18 février 1955, *Buyat*, n° 81048, p. 755).

¹⁶ Vous avez ainsi admis de connaître, mais pour les écarter au fond, de recours indemnitaires mettant en cause des tiers au titre de prestations architecturales et techniques réalisées pour les bâtiments utilisés par la chambre (CE 3 février 1899, *Héritiers de Joly*, n° 87801, p. 83 ; CE 20 janvier 1921, *Chambre des députés et sieur Buquet*, n° 57186-57722, p. 62 ; CE Sect. 26 janvier 1934, *Sieur Ronsin*, n° 15513, p. 137).

¹⁷ prise sur le fondement de l'article 92 de la Constitution.

les deux matières en cause pouvaient être regardées comme autant d'exceptions limitatives à l'immunité de principe des actes émanant des assemblées.

C'est cette lecture que vient condamner, en ouvrant une seconde brèche, prétorienne cette fois, votre décision d'Assemblée du 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*¹⁸, aux conclusions de la présidente Catherine Bergeal. Par cette décision, vous jugez que, alors même qu'elles ne sont pas mentionnées à l'article 8 de l'ordonnance de 1958, les contestations relatives à la passation des marchés de travaux publics par les assemblées parlementaires ressortissent à la compétence de la juridiction administrative, dès lors que ces marchés ont le caractère de contrats administratifs.

Les termes circonstanciés de cette décision ont pu être analysés un temps, a fortiori après le coup d'arrêt de votre décision *Papon*, comme traduisant une évolution plus limitée que celle que votre commissaire du Gouvernement vous invitait à adopter en neutralisant le critère organique pour l'ensemble des actes pris dans l'exercice de « *pouvoirs de gestion et d'administration des assemblées parlementaires* ».

Néanmoins il ressort des termes de vos décisions ultérieures que la détermination de ce qui relève ou non d'un acte parlementaire n'appelle plus une application en bloc, à raison du critère organique, mais une analyse fine en fonction de l'objet de l'acte. Ainsi, lorsque vous déclinez votre compétence s'agissant des litiges portant sur le régime de pensions des anciens députés (CE Ass. 4 juillet 2003, *Papon*, n°254850, au recueil et aux conclusions contraires de Laurent Vallée) ou encore des sanctions infligées aux parlementaires en vertu du règlement de l'assemblée (CE (JR) 28 mars 2011, *M. Gremetz*, n° 347869, aux tables¹⁹), c'est au motif qu'ils touchent à des règles faisant partie du statut du parlementaire et se rattachant à l'exercice de la souveraineté nationale. De même, vous justifiez votre refus de connaître de l'acte par lequel le président de l'Assemblée nationale rend public le rapport d'une commission d'enquête parlementaire²⁰ par le fait qu'il est indissociable de la fonction parlementaire de contrôle dévolues aux commissions (CE 16 avril 2010, *Fédération chrétienne des Témoins de Jehovah de France*, n° 304176, au recueil p. 114).

La doctrine s'est essayée à résumer cette *summa divisio*, opposant tour à tour les « *actes à contenu constitutionnel ou parlementaire* » et « *les actes à contenu administratif* » (P. Bon)²¹, les actes qui « *ont trait à l'exercice de la « fonction » parlementaire proprement dite* » et ceux

¹⁸ CE Ass. 5 mars 1999, n° 163328, *Président de l'Assemblée nationale*, au recueil p. 42 et aux conclusions de C. Bergeal, RFDA 1999 p. 333, AJDA 1999 p. 409, chr. F. Raynaud et P. Fombeur, GAJA 19^e éd. n° 100.

¹⁹ Confirmée récemment : CE 24 juillet 2023, *M. Portes*, n° 471482, aux tables et aux conclusions d'E. de Moustier.

²⁰ A fortiori, un rapport d'enquête parlementaire n'a pas le caractère d'un acte administratif susceptible d'être déféré au juge de l'excès de pouvoir (CE 30 mars 2001, *Association du Vajra Triomphant*, n° 211419, aux tables et aux conclusions de la présidente C. Maugué).

²¹ P. Bon, *Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ?*, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Dalloz, 2007, p. 1065.

« relatifs à ‘l’organisation’ des Assemblées » (J.-C. Fortier)²², les « actes pris dans le cadre de l’exercice des fonctions parlementaires » et les « actes de pure gestion » (P. Turk)²³. Cette distinction rejoint celle, générique, que vous opérez au sujet des actes du Conseil constitutionnel, dont vous refusez de connaître lorsqu’ils se rattachent à l’exercice par le Conseil constitutionnel des missions qui lui sont confiées par la Constitution²⁴ (CE Ass. 25 octobre 2002, *Brouant* n° 235600, au recueil, aux conclusions contraires du président Guillaume Goulard²⁵, réaffirmée encore récemment : CE 11 avril 2019, *Association Les Amis de la Terre France*, n° 425063, aux tables²⁶).

Au regard de cette ligne de partage, dans quelle catégorie ranger la décision par laquelle le président du Sénat désigne une personnalité qualifiée pour siéger au CSM ?

Les arguments en faveur de sa justiciabilité de l’acte devant la juridiction administrative peinent à convaincre.

Le premier est tiré de ce que l’acte attaqué émane du seul président et non d’un vote en plénière, à la différence du système de désignation prévalant sous la IV^{ème} République. Néanmoins, cette évolution, qui vise à tirer les leçons d’une procédure de nomination alors paralysée par les blocages politiques, apparaît indifférente pour apprécier la qualification d’acte parlementaire, comme en témoigne votre jurisprudence constante qui ne marque aucune distinction, au sein de cette catégorie, entre les décisions prises par l’assemblée plénière, les questeurs, le bureau ou le président²⁷. La nomination au CSM est bien l’affaire de l’assemblée parlementaire en tant que telle, et d’elle seule, comme l’implique le fait que, à l’instar des nominations au Conseil constitutionnel, ces nominations soient soumises « *au seul avis de la commission permanente compétente de l’assemblée intéressée* ».

Un autre argument consisterait à cantonner les prérogatives constitutionnelles du Parlement susceptibles de fonder l’acte parlementaire à celles qui, depuis la révision de 2008, sont

²² J.-C. Fortier, *Le contrôle du juge sur les actes administratifs des assemblées parlementaires*, AJDA, 20 mars 1981, p. 135.

²³ P. Turk, *Les commissions parlementaires permanentes et le renouveau du Parlement sous la Ve République*; Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2005. Dans le même sens, opposant les actes selon qu’ils sont « *détachables ou pas des fonctions parlementaires (...) définies précisément par la Constitution* » : D. Pollet, *Vers une disparition prochaine des actes parlementaires*, RDP 2004, n°3, p. 693.

²⁴ F. Donnat, D. Casas, *Le juge administratif et les actes non législatifs émanant des assemblées parlementaires* AJDA 2003, p. 1603.

²⁵ s’agissant du règlement du Conseil constitutionnel définissant un régime particulier pour l’accès à l’ensemble de ses archives. Voir également dans le même sens : CE 9 novembre 2005, *Moitry*, n°258180, au recueil, s’agissant de la publication sur le site internet du Conseil constitutionnel de commentaires concernant le sens et la portée de sa jurisprudence.

²⁶ s’agissant des règles régissant la procédure des « contributions extérieures » transmises au Conseil constitutionnel.

²⁷ Voir, pour les décisions émanant du bureau de l’assemblée (CE 17 nov. 1950, *IV*, p. 560 ; CE 28 mars 2011, *G...*, n°347869, aux tables p. 837), des questeurs (CE 16 mai 1951, *BT...*, p. 795), ou du président (CE 16 avril 2010, *Fédération chrétienne des Témoins de Jehovah de France*, n° 304176, au recueil p. 114).

symboliquement recensées au premier alinéa de l'article 24 de la Constitution : « *Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques* ». Toutefois, vous ne sauriez arbitrairement négliger, au motif qu'elles sont inscrites dans un article distinct et qu'elles échappent aux canons classiques de la théorie des pouvoirs de Montesquieu, les autres prérogatives dont le pouvoir constituant a doté les assemblées parlementaires, à l'instar de la décision de saisir le Conseil constitutionnel (art. 61) ou des résolutions adoptées sur les projets de texte européen (art. 88-4).

Nous semble également indifférente la circonstance que cette décision de nomination dans un organe tiers, orientée en quelque sorte vers *l'extérieur*, ne présenterait aucune adhérence avec le statut de parlementaire ni avec la marche interne du Parlement. Cette condition n'est pas suffisante, comme l'atteste le précédent *Témoins de Jéhovah*, ou plus clairement encore le cas d'une motion de censure : l'acte parlementaire se dévoile alors dans l'existence d'un rapport de force avec le pouvoir exécutif, même lorsqu'il s'exerce seulement, comme en l'espèce, de manière adjacente.

Est encore sans incidence la circonstance tirée de ce qu'une irrégularité de la composition du CSM entacherait en aval la légalité des délibérations dont vous êtes, on l'a rappelé, compétents pour connaître (ainsi, vous censurez la composition irrégulière du CSM, dans l'hypothèse où siégeait le chef de cour qui avait déjà appelé l'attention du Garde de Sceaux sur la manière de servir du magistrat : CE 29 juillet 2002, *Mme Roubiscoul*, n° 224952, aux tables.) – au même titre que l'inconstitutionnalité d'une disposition législative dont un décret, soumis à votre contrôle, fait application ne vous rend pas compétent pour connaître de la constitutionnalité de la loi.

Le dernier argument, le plus sérieux, consisterait à voir dans l'acte attaqué une simple mesure d'organisation du service public de la justice au sens de votre décision *F... et V...*²⁸ en considérant que la nomination n'a en définitive pour objet que de permettre la bonne marche d'une « *institution nécessaire au fonctionnement du service public de la justice* »²⁹, dont l'activité toute entière est placée, on l'a rappelé, sous votre contrôle juridictionnel.

Toutefois ce raisonnement nous paraît travestir la portée institutionnelle de l'acte attaqué qui, dans un subtil jeu d'équilibre entre pouvoirs, forme l'une des poutres de l'édifice bâti par le Constituant pour assurer l'indépendance de l'autorité judiciaire.

On l'a rappelé, cette prérogative résulte de la révision de 1993 qui marque un nouveau retour de balancier après le système parlementariste de 1946 confiant la majorité des nominations à

²⁸ Ainsi, et par analogie, vous admettez de connaître d'un recours dirigé contre les lettres des présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale, par lesquelles ils transmettent aux sénateurs et aux députés la liste que le Premier ministre leur a adressée, qui se rattachent comme telles à la procédure administrative de répartition de l'aide publique aux partis et groupements politiques (CE 12 février 2014, *M. M...*, *M. X...*, n° 373545, inédit).

²⁹ Décision n° 93-337 DC du 27 janvier 1994 (Loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature), cons. 20.

l'Assemblée nationale, puis le système présidentieliste de 1958 verrouillant toutes les nominations³⁰ entre les mains du Président de la République. Le rééquilibrage opéré par le Constituant, parallèle à l'extension des prérogatives du CSM, est présenté au cours des débats parlementaires (nous citons) comme un « *élément de contre-pouvoir* »³¹, propre à assurer « *la meilleure garantie d'indépendance aussi bien à l'égard de l'exécutif que de l'esprit de corps* »³².

En désignant un membre du CSM, le président du Sénat n'agit pas comme une administration qui accomplit un acte de gestion administrative en vertu d'un corps de règles administratives, ainsi que vous le regardez, pour faire référence à quelques-uns de vos précédents, lorsqu'il fait réaliser un devis pour la reconstruction de la salle des séances³³, lorsqu'il refuse de titulariser un secrétaire des débats dont la vue défectueuse ne lui permet pas d'identifier les orateurs³⁴, ou lorsqu'il autorise l'exploitation de courts de tennis dans les jardins du Luxembourg³⁵ : il accomplit une mission dévolue par le Constituant qui participe de l'indépendance de l'autorité judiciaire³⁶.

La difficulté tient ici à ce que vous êtes saisis pour la première fois³⁷ d'un acte parlementaire *de nomination* que, faute de repère, vous pourriez être tentés d'appréhender par deux « analogies hypothétiques », c'est-à-dire par comparaison avec deux configurations contentieuses plus simples, encore inédites, mais selon nous inadéquates.

Le premier terme de comparaison est celui d'une nomination au CSM par le Président de la République³⁸. Il est possible qu'elle échappe à la catégorie des actes de Gouvernement³⁹, dès lors que son objet la situe à mi-chemin entre le décret de nomination au Conseil constitutionnel dont vous n'acceptez pas de connaître (CE Ass. 9 avril 1999, *Mme BB...*, n° 195616, au recueil p. 124 et aux conclusions contraires de F. Salat-Baroux) et le décret

³⁰ Y compris, dans une certaine mesure, pour les magistrats (voir note 10).

³¹ Séance publique Sénat, intervention de M. Méhaignerie, ministre d'Etat.

³² Rapport AN.

³³ CE 3 février 1899, *Héritiers de Joly*, n° 87801, p. 83.

³⁴ CE Ass. 12 janvier 1968, *Mlle W...*, n° 70881, p. 39.

³⁵ CE 10 juillet 2020, *Société Paris Tennis*, n° 434582, au recueil.

³⁶ Voir a contrario, votre décision *Mégret* s'agissant d'un recours contre un décret par lequel le Premier ministre charge un parlementaire d'une mission que celui-ci doit accomplir auprès d'une administration ou en son sein, regardé comme un acte détachable des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif tels qu'ils sont organisés par la Constitution, qui revêt dès lors le caractère d'une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE Sect. 25 septembre 1998, n° 195.499, p. 340, aux conclusions de C. Maugué, ainsi que la chronique à l'AJDA 1999 de F. Raynaud et P. Fombeur).

³⁷ Si l'on excepte la décision récente par laquelle votre juge des référés, s'inscrivant dans les pas de la jurisprudence *Mme Ba*, s'est déclaré incompétent pour connaître de la décision par laquelle le président de l'Assemblée nationale nomme, en application de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958, un membre du Conseil constitutionnel (CE, Ord., 21 janvier 2022, *M. Z...*, n° 460456, aux tables).

³⁸ En revanche, il n'est pas douteux que vous seriez compétents pour connaître du contentieux des élections des magistrats ou de la désignation du membre du CE ou de l'avocat siégeant au CSM.

³⁹ Au titre de la sous-catégorie des actes touchant aux rapports d'ordre constitutionnel entre pouvoirs publics.

nommant le président de la commission indépendante instituée à l'article 25 de la Constitution pour donner un avis sur la délimitation des circonscriptions électorales qui n'échappe pas, lui, à votre contrôle (CE 15 décembre 2017, *Président du Sénat*, n° 411788, au recueil) – nous nous bornerons à relever que les attributions purement consultatives de cette dernière commission apparaissent bien en-deçà de celles du CSM. Mais à supposer que cette décision soit justiciable devant vous, cette circonstance demeure sans incidence : comme le rappelle avec force le président Denoix de Saint-Marc, la réserve que vous conservez à l'égard des actes émanant du Parlement « *n'a rien à voir avec la théorie des actes de Gouvernement [qui] sont des actes administratifs, relevant comme tels de la compétence du juge administratif* »⁴⁰. Parce qu'il s'agit de considérations propres, tirées de l'office du juge et de la séparation des pouvoirs, il n'y a pas d'incohérence à ce que, au sein de la même instance, les nominations émanant des pouvoirs exécutif et législatif obéissent à un régime juridictionnel distinct. A la seconde suivant leur nomination, toutes les personnalités qualifiées obéissent aux mêmes obligations sous votre contrôle juridictionnel, nous allons y revenir ; mais dans cet instant zéro se loge, irréductible, l'expression de la souveraineté parlementaire.

Le second terme de comparaison est celui des nominations de personnalités qualifiées effectuées par les présidents des assemblées parlementaires au sein des diverses autorités indépendantes (ARCOM, CNIL, AMF, ...) ⁴¹ dont il serait à l'évidence difficile d'admettre, si la question vous était posée, qu'elles échappent à votre contrôle, alors même qu'il ne s'agit pas là d'actes « de pure gestion ». Mais le parallèle n'est pas valide puisque ces nominations ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une mission dévolue par la Constitution au pouvoir législatif. A travers ces nominations, les présidents des assemblées se bornent à exécuter la loi qui a institué ces autorités et en a défini la composition, c'est-à-dire à prendre les mesures individuelles nécessaires à son application : dans ce rôle, ils agissent intrinsèquement comme des « autorités administratives ».

Près de vingt-cinq ans après votre décision *Président de l'Assemblée nationale*, y a-t-il lieu de porter un nouveau coup de bélier à la forteresse ? La réserve traditionnelle de votre juridiction à l'égard du pouvoir législatif pourrait certes, à certains égards⁴², sembler obsolète à l'heure où votre contrôle de conventionnalité⁴³ s'est notablement approfondi, où vous examinez régulièrement la constitutionnalité des lois comme juge du filtre en QPC et où vos sections administratives conseillent désormais les deux chambres sur leurs propositions de loi.

⁴⁰ R. Denoix de Saint-Marc, *Le Conseil d'Etat et les « actes parlementaires »*, Mélanges Labetoulle, p. 273.

⁴¹ Et a fortiori de diverses instances à caractère consultatif. Or dans nombre de cas de figure, ces nominations ne sont pas elles-mêmes « confirmées » par un décret du Président de la République susceptible de faire écran à l'application de la théorie des actes parlementaires.

⁴² Bien que votre jurisprudence témoigne ponctuellement d'une déférence maintenue à l'égard du législateur : ainsi du régime de responsabilité du fait des lois, que vous prenez garde de ne pas qualifier de régime « pour faute » (jurisprudence *Gardedieu*), ou de l'absence de justiciabilité des recours contre les réponses aux questions parlementaires en dehors du régime prévu par l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales (jurisprudence *Friadent*).

⁴³ Selon la hiérarchie définie à l'article 55 de la Constitution. Voir par exemple CE Ass., 11 avr. 2012, *GISTI*, n° 322326, p.142 ; AJDA 2012. 936, chron. X. Domino et A. Bretonneau.

Néanmoins chacune de ces prérogatives découle de la Constitution. Et celle-ci ne nous semble pas autoriser le juge administratif à s'arroger le rôle de juge par défaut des assemblées parlementaires, le Conseil d'Etat n'ayant pas, ainsi que le rappelait le doyen Favoreu dans un commentaire sur l'arrêt *B...*, de « *compétence universelle en matière de droit public* »⁴⁴.

Nous vous proposons donc d'en rester, en l'appliquant à la catégorie des actes de nomination, à ce critère jurisprudentiel robuste et lisible : dans la mesure où l'acte attaqué se rattache à l'exercice d'une mission que la Constitution confie à une assemblée parlementaire, il échappe, en vertu du principe de séparation des pouvoirs et conformément à l'office de la juridiction administrative, à votre compétence.

1.3. Celle-ci se heurterait encore à un dernier obstacle, **d'ordre législatif**.

Nous l'avons rappelé, votre décision d'Assemblée de 1999 avait donné au champ contentieux ouvert par l'article 8 de l'ordonnance de 1958 une interprétation non limitative, qu'autorisait alors la lettre du texte. Or cette licence a disparu depuis que le législateur est intervenu, en 2003, pour mettre un terme à vos poussées prétoriennes. Issu d'un amendement parlementaire présenté quelques jours après votre arrêt *Papon*, l'article 60 de la loi du 1^{er} août 2003 avalise votre décision de 1999 en rendant la juridiction administrative « *également compétente pour se prononcer sur les litiges individuels en matière de marchés publics* » mais elle ferme la porte pour l'avenir en précisant que les actions contentieuses énumérées dans la loi sont « *les seules susceptibles d'être engagées contre une assemblée parlementaire* ».

Ce tir de barrage ne vous a pas empêché de faire preuve d'un certain recul à l'égard des dispositions en cause, soit pour en élargir légèrement les contours en sollicitant l'intention du législateur⁴⁵, soit en vous abstenant d'y faire référence⁴⁶ lorsqu'il s'agit de décliner votre compétence⁴⁷, soit encore en l'interprétant ponctuellement comme une clause d'irrecevabilité plutôt que d'incompétence⁴⁸. Néanmoins, vous n'êtes jamais allé jusqu'à les contredire en

⁴⁴ RFDA 2003 p.8, *Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ?*

⁴⁵ Pour connaître de contrats passés par les assemblées autres que les marchés publics mentionnés à l'article 8 : CE 10 juillet 2020, *Société Paris Tennis*, n° 434582, au recueil.

⁴⁶ Si ce n'est dans les visas (décision précitée CE 16 avril 2010, *Fédération chrétienne des Témoins de Jehovah de France*).

⁴⁷ Voir dans le même sens la décision du 28 juin 2018 par laquelle le TA de Paris se déclare incompétent pour connaître de la décision du président de l'Assemblée nationale de déployer deux drapeaux arc-en-ciel dans le contexte de la « Marche des fiertés », au double motif que ce type de décision n'est pas énuméré par l'article 8 et qu'il n'est pas détachable de l'exercice de la souveraineté nationale (TA Paris, 12 avril 2019, *GG...*, n° 1812688/4-2).

⁴⁸ Prenant appui sur le fait que vous vous étiez déjà reconnu compétent pour connaître de la légalité du règlement intérieur par voie d'exception, vous interprétez les dispositions de l'article 8 non comme faisant obstacle à ce que vous connaissiez d'un recours des agents des assemblées parlementaires contre les dispositions du règlement intérieur d'une assemblée parlementaire relatives au statut du personnel, mais comme rendant ces agents irrecevables à contester de telles dispositions par voie d'action (CE 28 janvier 2011, *M. Patureau*, n° 335708, p. 23, aux conclusions de N. Boulouis).

ouvrant le champ des actes attaquables à d'autres domaines que ceux, même entendus largement, énoncés dans la loi.

Et les doutes qu'il était possible de nourrir sur la constitutionnalité de ces dispositions ont été levés par la décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011 qui juge que le législateur a assuré ce faisant une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre le droit à un recours juridictionnel effectif et le principe de séparation des pouvoirs garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789⁴⁹.

1.4. A ce stade du raisonnement, l'on devine les réserves instinctives que pourrait susciter l'idée d'un angle mort juridictionnel⁵⁰. Nul doute que, s'il devait en résulter un risque d'atteinte à des droits fondamentaux, vous n'hésiteriez pas à consentir un écart vos catégories jurisprudentielles habituelles et à surmonter l'obstacle législatif⁵¹.

Mais dans le cadre constitutionnel et organique en vigueur qui détermine la solution à retenir, votre mise en retrait n'aurait pour conséquence, à la différence des précédents ayant justifié les critiques puis les ouvertures contrôlées de votre prétoire, aucun déni de justice ou atteinte aux droits subjectifs des personnes. En effet, contrairement à d'autres constitutions européennes (comme l'Espagne ou l'Italie⁵²), la nomination des personnalités qualifiées au CSM n'obéit à aucun critère de sélection et intervient en dehors de toute procédure ou système de candidatures. Le choix peut donc s'exercer bien au-delà du cercle des spécialistes du droit judiciaire, comme le montre la présence récurrente au CSM d'ambassadeurs. Par conséquent, il ne saurait y avoir de déni de justice à l'égard d'hypothétiques candidats déçus⁵³.

Surtout, votre réserve ne priverait pas de garantie les exigences, protégées au niveau constitutionnel⁵⁴ et conventionnel⁵⁵, d'indépendance et d'impartialité des membres de l'instance chargée de veiller elle-même à l'indépendance des magistrats.

⁴⁹ La situation est donc à l'opposé de celle qui prévaut en Belgique, où le législateur est intervenu en 2014 pour élargir les compétences de la section du contentieux du Conseil d'État pour connaître des nominations prononcées par les assemblées législatives (loi du 19 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat, art. 2, 2°).

⁵⁰ qui pourrait de prime abord sembler à rebours d'une extension continue du périmètre des actes contrôlés par la juridiction administrative, saluée comme une contribution aux progrès de l'Etat de droit, en particulier au détriment de la sphère traditionnelle des actes de Gouvernement, désormais réduite à son « noyau dur » (voir la chronique AJDA 2018 p. 491, S. Roussel et C. Nicolas, *De l'injusticiabilité des actes de gouvernement*).

⁵¹ L'une des voies de passage consistant, de manière assez constructive, à interpréter ces dispositions comme visant uniquement les contentieux dirigés contre les actes « internes » à l'administration des assemblées parlementaires, c'est-à-dire se rattachant à son fonctionnement et son organisation interne, à l'exception des décisions à visée « externe » mettant en cause des pouvoirs ou des organes tiers.

⁵² Le *Consejo General del Poder Judicial*, institué à l'article 122 de la Constitution espagnole et le *Conselho Superior da Magistratura*, dont la composition est prévue par l'article 218 de la Constitution portugaise.

⁵³ Voir a contrario, s'agissant du système de sélection prévu par la Constitution espagnole, l'arrêt CEDH 22 juin 2023, *Lorenzo Bragado et autres c. Espagne*, nos 53193/21, 53707/21, 53848/21, 54582/21, 54703/21 et 54731/21), §28.

⁵⁴ Le Conseil constitutionnel regarde les exigences d'indépendance et d'impartialité des membres du CSM

En effet, le pouvoir discrétionnaire entier dont dispose l'assemblée parlementaire l'autorise à fonder son choix sur des affinités politiques et idéologiques⁵⁶ – c'est ainsi que depuis les années 1980, d'anciens ministres et députés siègent au CSM⁵⁷. Il nous paraît difficilement concevable que le juge administratif vienne en contester la légitimité. Pour autant, cette immunité juridictionnelle *ex ante* ne heurte pas la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle le seul fait que les juges chargés de la discipline des magistrats judiciaires soit nommés par une autorité politique n'est pas de nature à créer une dépendance de ces derniers à son égard ni à engendrer des doutes quant à leur impartialité si, une fois nommés, les intéressés ne sont soumis à aucune pression et ne reçoivent pas d'instructions dans l'exercice de leurs fonctions (voyez, au sujet de la Constitution polonaise, CJUE Gde Chambre 20 avril 2021, *Repubblika*, aff. C-896/19, point 56).

De fait, c'est, *ex post*, au collège du CSM que le législateur organique a confié le soin de contrôler l'indépendance et l'impartialité de ses membres : l'article 10-1 de la loi du 5 février 1994 habilite la formation plénière à se prononcer, à la majorité simple, sur la démission d'office de l'un de ses membres en cas de manquement. Et une telle délibération, quel qu'en soit le sens, serait à son tour justiciable devant vous.

A défaut de discussion utile sur le choix des personnes nommées, ne reste donc que la question du contrôle des trois conditions posées par l'article 65 de la Constitution et la loi organique de 1994 : la non-appartenance au Parlement, à l'ordre judiciaire, ou à l'ordre administratif ; la parité entre hommes et femmes ; le caractère non immédiatement renouvelable du mandat⁵⁸.

Nous n'en minimisons pas l'importance. Mais elles relèvent de *règles du jeu institutionnel* et non, par elles-mêmes, de garanties d'indépendance et d'impartialité. La circonstance que leur juge naturel, le Conseil constitutionnel, ne puisse, en l'état de choses⁵⁹, pas en connaître ne

comme une garantie de l'indépendance de ce conseil qui, elle-même, concourt à l'indépendance de l'autorité judiciaire (n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, cons. 5 et 12).

⁵⁵ En revanche, la Cour européenne des droits de l'Homme a admis l'immunité de principe des actes de Gouvernement et des actes parlementaires (Cour EDH, G.C., 14 décembre 2006, *Markovic c/ Italie*, n° 1398/03) et vous en avez tiré les conséquences en jugeant que la circonstance qu'en vertu de la tradition constitutionnelle française de séparation des pouvoirs, aucune juridiction ne puisse être saisie d'un tel litige ne saurait avoir pour conséquence d'autoriser le juge administratif à se déclarer compétent (cf. décision *Fédération chrétienne des Témoins de Jehovah de France* précitée).

⁵⁶ Voir également l'étude publiée dans le rapport d'activité du CSM pour l'année 2011, p. 215.

⁵⁷ Le président F. Mitterrand nomma ainsi successivement Daniel Meyer puis Albert Gazier, anciennes figures politiques et ministres. Le CSM compte aujourd'hui parmi ses membres Mme Guigou, ancienne garde des sceaux.

⁵⁸ Conditions résultant respectivement de l'article 65 de la Constitution et des articles 5-2 et 6 de la loi organique du 5 février 1994. On y ajoutera pour faire bonne mesure les conditions découlant des principes généraux du droit tels que la jouissance des droits civils et politique et la nationalité française.

⁵⁹ Selon les termes de la décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 (cons. 1), « *la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution [et] n'est susceptible d'être précisée et complétée par*

vous autorise pas à sortir de votre propre champ de compétence⁶⁰. Il n'est pas absurde que, compte tenu de leur caractère simple et binaire, ces conditions soient soumises à un contrôle exclusivement politique, à travers le droit de veto de la commission des lois. La question d'interprétation soulevée par la présente requête semblerait nous donner tort quant à leur simplicité mais elle résulte uniquement d'une imprécision ponctuelle du législateur organique, facilement corrigible, qui ne saurait en elle-même fonder une compétence juridictionnelle.

En conclusion, c'est donc parce que le principe de séparation des pouvoirs l'exige, que la loi le prescrit et qu'aucun motif impérieux tiré de la protection des droits fondamentaux ne s'y oppose, que nous vous proposons, ainsi que vous y invite en défense le Président du Sénat, de rejeter la requête comme présentée devant une juridiction incompétente pour en connaître.

2. Nous serons plus rapides sur les questions qu'il vous appartiendrait encore de trancher si vous deviez adopter le parti inverse.

Au titre de vos pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif, vous pourrez retenir prétoriquement votre propre compétence en premier et dernier ressort s'agissant d'un litige intéressant l'institution CSM (voyez par analogie CE 29 octobre 2013, *M. X...*, n°346569, au recueil ⁶¹). Et la recevabilité à agir du syndicat de la magistrature, qui n'est pas contestée en défense, peut être admise au titre de la défense des intérêts collectifs du corps⁶².

voie de loi organique que dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel [;] le Conseil constitutionnel ne saurait être apZ... à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes ». Voir, pour une analyse critique en faveur de la reconnaissance d'une procédure de « *résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels* », la thèse d'E. Carpentier, LGDJ 2006.

⁶⁰ D'ailleurs, une sanction juridictionnelle de la méconnaissance de la condition tirée de la non-appartenance à la magistrature s'inscrirait à front renversé par rapport aux recommandations de la commission de Venise (commission européenne pour la démocratie par le droit, organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions constitutionnelles) qui critique la part insuffisante de magistrats au sein du CSM français (voir avis conjoint CDL-AD(2023)015-f, adopté les 9-10 juin 2023).

⁶¹ Par cette décision, vous avez choisi d'attirer à votre compétence de premier et dernier ressort, nonobstant l'absence de base textuelle, les recours contre les avis non conformes du CSM, compte tenu de l'intérêt qui s'attachait à réserver au Conseil d'Etat la compétence directe sur les recours dirigés contre les décisions du CSM. S'y ajouterait ici un argument de cohérence si vous deviez vous reconnaître compétent pour connaître d'un recours contre une nomination par le Président de la République, lequel relèverait, le cas échéant, de votre compétence de premier et dernier ressort.

⁶² Voir, par analogie, s'agissant d'un recours dirigé contre la nomination d'un membre du collège d'une autorité administrative indépendante : CE 19 décembre 2007, *Commission de recherche et d'information indépendantes sur la radioactivité*, n°300451, au recueil. Par ailleurs, vous admettez qu'un syndicat de fonctionnaires ou de magistrats puisse se prévaloir d'un intérêt collectif pour contester une décision de nomination dans le corps considéré alors même que les requérants particuliers ne seraient eux-mêmes pas recevable pour le faire faute de pouvoir faire état d'une vocation particulière à y accéder : aux termes de votre décision de section du 18 janvier 2013, *Syndicat de la magistrature*, n°354218, au recueil p. 5, un syndicat justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour contester une mesure de nomination à un emploi du corps qu'il représente dès lors que cette nomination est susceptible d'affecter de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs des membres du corps dont il assure la défense – s'agissant en l'espèce de la nomination dans l'emploi d'avocat général à la Cour de

Nous en arrivons au moyen de légalité tiré de l'appartenance supposée de Mme L... à l'ordre judiciaire résultant de sa qualité de magistrat honoraire, qui, à la différence de la question précédente, vous place sur un terrain jurisprudentiel à peu près vierge.

Pour les motifs que nous avons indiqués, le caractère éminemment discrétionnaire de cette décision, que le respect de la séparation des pouvoirs commande à tout le moins, nous semble justifier un contrôle limité à l'erreur de droit et de fait, au regard des seules conditions énoncées par la Constitution et la loi organique, et exclure que vous puissiez substituer votre appréciation à celle de l'assemblée parlementaire quant à l'aptitude de l'intéressé à remplir avec impartialité et indépendance son office au vu de sa personnalité ou de son parcours antérieur⁶³. Les critiques du Syndicat de la magistrature tirées d'une supposée proximité d'esprit avec la magistrature voire d'un incurable *habitus judiciaire* ne peuvent donc être utilement invoquées : la circonstance que Mme L..., avant de siéger comme membre du Conseil constitutionnel entre 2017 et 2022 (année où elle a fait valoir ses droits à retraite), ait occupé plusieurs postes de magistrat en juridiction puis les fonctions de directrice des services judiciaires à la Chancellerie ne saurait en elle-même faire obstacle à sa nomination, la seule question utile étant de déterminer, conformément à la lettre de la Constitution, si, à la date de la décision attaquée, l'intéressée appartenait, ou non, à l'ordre judiciaire au sens et pour l'application de l'article 65.

La notion d'« ordre judiciaire », habituellement utilisée par antinomie avec l'ordre administratif, ne dispose pas dans les textes d'une définition positive, textuelle ou doctrinale, permettant d'en cerner aisément les contours⁶⁴.

A défaut, il est tentant d'invoquer l'esprit du Constituant pour en défendre une acception extensive. La juste proportion des magistrats et des non-magistrats, les « laïcs » dans le jargon du CSM, est en effet le sujet de débat récurrent des révisions constitutionnelles⁶⁵, non encore clos⁶⁶. Majoritaires en 1958⁶⁷ puis siégeant à parité en 1993, les magistrats sont depuis 2008,

cassation.

⁶³ En assumant donc sur ce point une différence avec le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation qui prévaut pour les nominations du Président de la République pour des emplois à la discrétion du Gouvernement ou au sein d'une AAI (CE 13 novembre 2002, *Mme D... et autres*, n° 239064, p. 390 ; CE 19 décembre 2007, *Commission de recherche et d'information indépendante sur la radioactivité*, n° 300451, p. 518).

⁶⁴ Tandis que les travaux parlementaires des lois constitutionnelles de 1993 et 2008 ne fournissent sur ce point aucun appui, la question des magistrats honoraires n'ayant pas été abordée.

⁶⁵ Déjà, lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1946, les règles de composition sont inspirées par le souci de tenir le Conseil supérieur « à égale distance d'une inadmissible subordination du judiciaire au politique et d'une inadmissible composition corporative », selon l'expression du rapporteur général P. Coste-Floret (séance du 20 août 1946 de l'Assemblée nationale constituante).

⁶⁶ Le projet de loi constitutionnelle portant réforme de la magistrature, adopté par l'Assemblée nationale en deuxième lecture en 2016 sans avoir pu aboutir, prévoyait, dans la version initiale du Gouvernement, de rétablir une majorité de magistrats ; toutefois l'Assemblée nationale a pris parti en première lecture pour une stricte parité, avant de se ranger à la position du Sénat qui n'a pas souhaité modifier la composition en vigueur. Pour sa part, le rapport du comité des Etats généraux de la justice (2022) propose de renforcer le nombre de personnalités

sauf quand l'instance se réunit comme conseil de discipline, minoritaires d'une voix, situation atypique en Europe. L'objectif originel, réaffirmé avec plus de force en 2008 peu de temps après l'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau, est connu : prévenir les risques, ou du moins les soupçons, du corporatisme, de l'autogestion, du repli sur soi d'un corps éloigné de la société civile, voire d'une coupable indulgence à l'égard des magistrats mis en cause.

Or par essence, le statut d'honoraire, propre aussi à la fonction publique comme à de nombreuses professions⁶⁸, traduit la conservation de liens avec le corps de la magistrature. En vertu de l'article 77 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, tous les magistrats admis à la retraite peuvent, sauf refus du ministre, se prévaloir de cette qualité, qui leur permet de continuer à jouir des honneurs et privilèges attachés à leur état, d'assister en costume d'audience aux cérémonies solennelles de la juridiction à laquelle ils appartenaient (article 78) et, surtout, de continuer à exercer certaines fonctions juridictionnelles, comme celles d'assesseur dans les formations collégiales des tribunaux judiciaires et des cours d'appel, ainsi que diverses fonctions non juridictionnelles de nature administrative ou d'aide à la décision⁶⁹. Ils sont soumis en contrepartie à un devoir de réserve (article 79)⁷⁰.

Pour filer la métaphore cléricale, le magistrat honoraire s'assimilerait donc à un diacre dont le ministère, plus limité que celui du prêtre, le rattache néanmoins à l'ordre religieux. Vu ainsi, sa présence parmi les personnalités qualifiées contrarierait manifestement l'objectif du Constituant en modifiant les équilibres souhaités au sein de l'instance⁷¹.

Néanmoins cette lecture extensive est deux fois contredite par les dispositions organiques prises pour l'application de l'article 65 de la Constitution qui, si elles ne traitent plus

qualifiées au sein du CSM au motif que « *l'indépendance de la justice doit prendre appui sur d'autres piliers que le corps judiciaire lui-même* » (p. 113).

⁶⁷ Six des onze membres étaient des magistrats judiciaires.

⁶⁸ Et que l'on peut également rapprocher de l'éméritat des professeurs, ou encore du statut des anciens élus.

⁶⁹ Cf. articles 41-25 à 41-32 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 ; en janvier 2023, 362 magistrats honoraires exerçaient des fonctions juridictionnelles (v. étude d'impact du projet de loi organique relatif à l'ouverture, la modernisation et la responsabilité du corps judiciaire). Par ailleurs, en vertu de l'article R.111-5 du code de l'organisation judiciaire, lorsque la participation à une commission administrative ou à un jury de concours ou d'examen d'un magistrat en fonction est prévue par une disposition législative ou réglementaire, l'autorité chargée de sa désignation peut porter son choix sur un magistrat honoraire du même rang acceptant cette mission.

⁷⁰ C'est parce qu'elle n'est pas purement honorifique mais qu'elle lui donne « vocation » à assumer des fonctions réservées aux magistrats, donc à participer à l'exercice de la puissance publique, que vous avez jugé qu'un magistrat honoraire ne pouvait se prévaloir des stipulations de l'article 6§1 de la CEDH pour contester une décision de retrait (CE 25 juin 2003, *M. DD...*, n° 236090, aux tables et aux conclusions de M. Guyomar, présentant un rappel de la querelle doctrinale opposant Gaston Jèze et le professeur Bonnard).

⁷¹ En pratique toutefois, de nombreux témoignages d'anciens membres du CSM attestent que les lignes de partage qui animent les délibérations du conseil transcendent fréquemment la césure entre magistrats et non-magistrats (v. notamment sur ce point : M. Le Pogam, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, LexisNexis 2014, p. 120).

explicitement de la désignation des magistrats honoraires, commandent en creux le traitement à leur réserver.

D'une part, dans la division binaire qu'opère la Constitution entre les personnes appartenant ou n'appartenant pas à l'ordre judiciaire et appelées à siéger respectivement parmi les représentants des magistrats ou comme personnalités qualifiées, le législateur organique a implicitement exclu les honoraires de la première catégorie puisqu'en vertu des règles définissant le corps électoral énoncées à l'article 3 de la loi du 5 février 1994, ils ne peuvent ni élire ni être élus au CSM. Ils relèvent donc par défaut de la seconde catégorie.

D'autre part, le législateur organique a interdit explicitement aux magistrats honoraires exerçant des fonctions juridictionnelles d'être membres du CSM⁷² (article 41-28 de l'ordonnance de 1958), incompatibilité sanctionnée par la démission d'office⁷³. Le lien avec le corps est donc dévitalisé⁷⁴ et se résume essentiellement à la dimension honorifique.

Notons enfin qu'il serait pour le moins incongru de retenir une interprétation qui conduise *in fine* à empêcher la nomination d'anciens magistrats au motif qu'ils ont conservé cette qualité lors de la liquidation de leur retraite et à la permettre dans le cas contraire, soit qu'ils aient démissionné ou changé de corps avant cette date (c'est aujourd'hui le cas de M. T..., nommé par le Président de la République), hypothèse désormais fréquente compte tenu de la diversification des parcours professionnels, soit que, de manière plus baroque encore, l'honorariat leur ait été refusé ou retiré à l'issue de poursuites disciplinaires.

L'ultime moyen invoqué en défense achève de nous en convaincre.

Le Président du Sénat fait valoir que Mme L... a opportunément adressé au garde des sceaux, quinze jours avant sa nomination au CSM, un courrier par lequel elle déclare renoncer définitivement à sa qualité de magistrate honoraire. Il soutient donc, à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où vous regarderiez cette qualité comme faisant obstacle à sa nomination, que l'intéressée l'avait perdue à la date de la décision attaquée. Cependant il ressort des pièces du dossier que le ministre n'en a pris acte que postérieurement.

Cet argumentaire, qui soulève en creux la question des conditions selon lesquelles un magistrat honoraire peut se défaire volontairement de ce statut – en somme, suivant la lecture de la requête, se défroquer – vous invite à explorer un chemin dépourvu de toute balise textuelle ou jurisprudentielle. En le suivant, vous devrez répondre notamment à la question de

⁷² Disposition organique qui ne permet pas en revanche de répondre directement à la question posée puisqu'elle se prête à deux lectures, soit comme étant applicable aux magistrats honoraires nommés en tant que personnalités qualifiées, soit comme visant les magistrats en activité nommés au CSM et qui deviennent honoraires en cours de mandat (ils peuvent alors terminer leur mandat en vertu de l'article 8 de la loi organique de 1994).

⁷³ Article 6, al. 3 de la loi organique du 5 février 1994.

⁷⁴ De manière certes temporaire. Mais par ailleurs, l'article 41-31 de la loi organique de 1958 leur interdit d'exercer des fonctions juridictionnelles au-delà de l'âge de soixante-douze ans.

savoir si le lien conservé par l'honoraire avec son corps d'origine est de nature à faire jouer la règle, applicable aux magistrats⁷⁵ et fonctionnaires⁷⁶ et tirée de motifs d'intérêt du service, selon laquelle toute démission doit être régulièrement acceptée pour prendre effet⁷⁷.

Nous avons quelque réticence à nous y engager et échafauder une théorie générale qui ne présenterait qu'un intérêt réduit : en dehors de l'article 65 de la Constitution lu dans son interprétation extensive, il est douteux que l'honorariat puisse priver son titulaire d'un droit quelconque ; s'il s'agit seulement de libérer l'intéressé d'un devoir de réserve jugé trop contraignant, la « renonciation » ne fait alors qu'anticiper sur une procédure disciplinaire de retrait et présente donc un faible enjeu contentieux.

Plus fondamentalement, il y aurait un certain paradoxe à concevoir la qualité de magistrat honoraire comme un stigmate à la fois si profond qu'il fasse obstacle à une nomination au CSM et rende impérieux un contrôle du juge administratif faisant litière de la séparation des pouvoirs, et si superficiel qu'il puisse être effacé par quelques lignes sur papier libre. L'éventualité même d'une échappatoire, quelles qu'en soient les modalités exactes, plaide donc plutôt, à la racine, pour juger que l'interdiction posée à l'article 65 doit, comme il est d'usage, s'interpréter strictement, donc en admettant la nomination de magistrats honoraires. A bien y réfléchir, il n'est d'ailleurs pas si certain qu'elle heurte l'esprit du Constituant si l'on veut bien croire, comme le suggérait malicieusement le sénateur Alain Richard lors de l'audition de Mme L... devant la commission des lois, que « *les meilleurs policiers sont souvent des malfaiteurs repentis* ».

Nous vous proposons donc, à titre subsidiaire, de rejeter au fond la requête du Syndicat de la magistrature. Dans les circonstances particulières de l'espèce, vous pourrez également rejeter les conclusions présentées par le Président du Sénat au titre des frais d'instance.

Tel est le sens de nos conclusions.

⁷⁵ Cf. articles 73 et 74 de la loi organique du 22 décembre 1958.

⁷⁶ Cf. article L. 551-1 du code général de la fonction publique. Et pour un rappel plus général sur cette théorie, la thèse d'E. Roux, *La démission en droit public français*, 2001.

⁷⁷ Voir notamment CE Sect. 27 avril 2011, *J...*, n° 335370, au recueil.