

THIERRY S. RENOUX

LA LIBERTÉ DES JUGES

56 **D**ANS LES DÉMOCRATIES d'Europe continentale, la justice est confrontée à deux exigences majeures et pour parties contradictoires.

– D'un côté, *une revendication, sans cesse plus présente, de participation active des sujets de droits, personnes physiques ou personnes morales, à la vie de la société, à sa régulation par le droit et la justice*. En témoignent le déroulement des « class-actions » ouvertes plus largement aux mouvements associatifs devant les tribunaux, tout comme *l'association du citoyen à l'œuvre de justice*, accompagnée, corrélativement, d'un rapprochement du juge et du citoyen. Ce phénomène s'explique notamment par la circonstance que, dans les États d'Europe continentale, le recrutement des juges s'effectue sur concours ou cooptation à l'intérieur d'une carrière davantage que par l'élection, sans conférer au juge la responsabilité issue du suffrage politique ou d'une ratification de la nomination par une assemblée parlementaire. Issue de la Constitution adoptée par le souverain, et de la nomination par les plus hautes autorités de l'État, la légitimité du juge n'est qu'indirecte. Se rapprocher de l'origine du pouvoir souverain, c'est-à-dire du citoyen, devient dès lors une nécessité. Cette première évolution est loin d'être sans conséquence sur la vie politique et constitutionnelle de notre pays.

En outre, restaurer la place du juge dans la société *civile*, créer des juges sociétaux ou de proximité¹, sous l'influence d'une perception de

1. Voir nos observations sous le titre VIII de la Constitution de 1958, in *Code constitutionnel*, commenté et annoté par Th. S. Renoux et M. de Villiers, Avant-propos J. Rivero, Préface L. Favoreu, LITEC, 1995.

la justice implicitement modelée par la conception anglo-saxonne, tend en apparence à diminuer l'emprise de l'État, l'*imperium* attaché à la décision de justice et, par suite, l'expression classique d'un pouvoir judiciaire, figé dans un critère organique et fondé sur l'idée d'*autorité* (*authoritas*) unilatérale. La notion d'*autorité judiciaire* ne serait somme toute que l'illustration d'un tel pouvoir de juger. Cette conception nouvelle, intimement associée à l'affermissement de l'État de droit, fait du juge, comme dans le modèle nord-américain, non plus un organe *au service* de l'État, mais le situe *au cœur même* de l'État, lui-même assujéti au respect de la règle de droit. Et l'émergence de cette nouvelle fonction judiciaire est d'autant mieux acceptée par le citoyen qu'il se reconnaît lui-même dans son juge. Le juge ne tend plus seulement à partager avec le justiciable une culture commune idéale, celle du « bon père de famille » au sens du Code civil. *Il est le citoyen qui se fait juge*. Non seulement en France mais également à l'étranger, la décision de justice est ainsi d'autant mieux ressentie par le corps social que le juge se présente comme issu du sérail des *gouvernés* et non comme exprimant le pouvoir des *gouvernants*.

57

Cette *modification du rôle de la justice au sein de l'État* est déjà perceptible dans la multiplication des juridictions statuant à *juge unique*. Alors que la collégialité symbolise l'autorité impersonnelle de l'État et accentue la fonction mythique de la justice, ainsi que le caractère désincarné de la décision de justice, bras séculier de l'État, *le juge unique est implicitement assimilé au citoyen*, faisant du dialogue judiciaire une relation directe entre deux personnes individualisées, fondé sur le seul respect de la règle de droit. Cette conception explique, inversement, la difficulté d'acclimater le juge unique au sein de l'ordre des juridictions administratives, plus favorables, par tradition, à la collégialité.

Ce phénomène remarquable se manifeste aussi dans les démocraties contemporaines par *l'attribution aux magistrats judiciaires de fonctions ministérielles* (comme celles de ministre de l'Intérieur), confirmant l'assujettissement de l'État au droit et l'assimilation du magistrat au simple citoyen.

Ce nouveau rôle de la justice judiciaire au sein de l'État, cette promotion du « pouvoir juridictionnel » que nous avons annoncée dès 1984¹, s'exprime également dans l'extension des attributions des juges non professionnels, élus ou nommés, issus de la société « civile » (juges consulaires, conseillers prud'homaux et, avec la loi organique du 19 janvier 1995, « magistrats exerçant à titre temporaire », précédemment qualifiés de « juges de paix ») par le développement des *modes non juri-*

dictionnels de règlement de litiges (arbitrage, conciliation, médiation), voire *transactionnels* (ainsi l'« injonction pénale », sur laquelle nous reviendrons, un moment dénommée « transaction pénale », puis « composition pénale » afin d'atténuer son aspect autoritaire), ainsi que par la création de commissions ou d'organes de toutes natures aux statuts incertains, mais ayant pour vertu commune d'associer plus ou moins directement l'intéressé ou ses représentants au processus de décision (autorités « administratives » indépendantes notamment).

58 Se trouve ainsi confirmé, comme pour d'autres pouvoirs publics constitutionnels, le *déclin du critère organique du pouvoir juridictionnel*, en même temps qu'une parcelle de souveraineté, celle de décider « au nom du peuple français », de trancher des différends, de dire le droit avec la force de vérité légale attachée à toute déclaration officielle, serait conquise par des catégories sans cesse plus larges de nos concitoyens. On comprend dès lors aisément que cette « libération des juges » intéresse encore plus le droit constitutionnel.

– D'un autre côté, *la nécessité d'assurer à tous, et de manière individualisée, le service de la justice*. L'absence de justice, le déni de justice, plus que l'injustice, sont les plus grands vecteurs d'inégalités et de tensions sociales. Conquérir la liberté, c'est d'abord et avant tout conquérir *l'égalité de droits*, donc l'égalité d'accès et de traitement par une justice connue de tous et rendue pour tous.

Cette seconde revendication est en contradiction pratique avec la première. Car le passage d'une *justice distributive* à une *justice participative* s'accompagne inévitablement d'une accélération de la demande de justice, et donc d'un encombrement des tribunaux. Non seulement les sujets de droits sont plus nombreux, mais les droits eux-mêmes se multiplient. *Dès lors, ouvrir la justice à tous n'assure plus la justice pour tous*.

A cette contradiction, à cette manifestation nouvelle de l'impossible « autonomie-participation », le système judiciaire apporte une réponse simple, éprouvée, faisant de la justice, au-delà d'un pouvoir public

1. « Le juge qui refuse de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

2. Voir L. Favoreu, « Du déni de justice en droit public français », *LGDJ*, Bibliothèque de droit public, t. 61, 1964.

3. Th. S. Renoux, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, n° 1, p. 33-58.

constitutionnel, un *service public* devant *s'adapter* à la demande et garantir l'*égalité* de traitement de tous les justiciables sans considération de leur origine sociale ou de leurs ressources.

Mais une telle réponse n'épuise pas pour autant la contradiction évoquée : face à l'afflux des requêtes et à « l'explosion des contentieux », les procédés de filtrage, d'examen de recevabilité, de sélection des recours, de spécialisation des attributions, se développent à un point tel que *le devoir de juger* qui fait la noblesse et l'honneur de la magistrature semble inévitablement s'estomper. Dans le même temps, et de manière paradoxale, *le droit de juger*, c'est-à-dire d'interpréter la loi, de dire le droit avec force de vérité légale, est aujourd'hui revendiqué par le plus grand nombre, même dans le cadre de modes de règlements non juridictionnels des litiges.

C'est à ce point de convergence, délicat équilibre entre un devoir traditionnel, *celui de juger*, et un droit revendiqué, *celui d'être juge*, que se situe la fragile *liberté des juges*.

59

I. LE DEVOIR DE JUGER

Le devoir de juger énoncé dans l'article 4 du Code civil¹, et dans lequel Raymond Carré de Malberg distinguait l'un des préceptes supérieurs de notre droit public, interdisant *tout déni de justice*², est le corollaire le plus immédiat du principe d'égalité des justiciables. Non seulement le juge ne peut se retrancher derrière le silence, les lacunes ou l'obscurité de la loi pour refuser de statuer (ce qui légitime indirectement l'existence de la *jurisprudence*), mais encore le principe d'égalité devant la justice – et donc le devoir de juger – se trouve renforcé par la loi des 16 et 24 août 1790 dont l'article 16 énonce : « Tous les citoyens plaident dans les mêmes formes, devant les mêmes juges, dans les mêmes cas³. » Or, sous le prétexte de désengorger les prétoires, l'exercice concret du devoir de juger subit sans cesse de nouvelles atténuations.

1. Th. S. Renoux, « Le Conseil constitutionnel et le droit au juge », XXI^e Colloque des Instituts d'études judiciaires, IEJ de Toulon et université de Toulon et du Var, 19 et 20 mai 1995.

2. Conseil constitutionnel, décision n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *RJC*, p. 91 et réf. citées.

3. Cons. const., décision n° 93-334 DC, 20 janvier 1994, *RFDC*, 1994, n° 18, note Renoux.

Être jugé dans les mêmes formes, devant les mêmes juges ?

On assiste, dans la période contemporaine, à un retour massif des procédures dérogatoires au droit commun et des juridictions spécialisées que le droit transitoire, après la Révolution de 1789, avait entendu en principe bannir à tout jamais, allant même jusqu'à retirer aux cours et tribunaux le pouvoir d'élaborer une « jurisprudence », *la liberté du juge s'arrêtant là où commence la loi, expression de la volonté générale*. La diversité des voies de procédure et des juridictions de jugement a amené le Conseil constitutionnel à préciser les limites imposées par le respect du principe d'égalité devant la justice, composante du principe d'égalité devant la loi¹. C'est ainsi que, selon la jurisprudence constitutionnelle, le principe d'égalité semble engendrer des conséquences moins strictes au stade de la procédure qu'au stade du prononcé du jugement.

60

– *Au stade de la procédure*, le Conseil constitutionnel juge depuis plus d'une décennie qu'« il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect des droits de la défense² ». Ainsi n'est pas contraire à la Constitution la loi qui, pour une même catégorie d'infractions, permet au procureur de la République de choisir de mettre en œuvre une procédure faisant intervenir un juge d'instruction ou au contraire de saisir directement la juridiction de jugement, choix dicté par la complexité des affaires, la nature des charges rapportées et placé, en toute hypothèse, *sous le contrôle de la juridiction de jugement*. La même appréciation du principe d'égalité conduit à admettre la constitutionnalité d'une loi différenciant, en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants, à la 72^e heure l'intervention de l'avocat, alors même que « le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue constitue un droit de la défense » qui s'exerce pourtant à un stade procédural pré-contentieux, avant la saisine d'une juridiction³. Cette appréciation dif-

1. Cons. const., décision n° 95-360 DC, 1^{er} et 2 février 1995, p. 2097, *RFCC*, 1995, note Renoux, Considérant n° 5.

2. Cons. const., décision n° 86-213 DC, 3 octobre 1986, *RJC*, p. 275 et réf. citées.

3. « Le droit au juge naturel... », *op. cit.*

férentielle et concrète du *principe d'égalité* conduit à ce que, progressivement, ce principe se dissout sur le plan procédural, dans le « principe du respect des droits de la défense, [lequel] constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 [qui] implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties¹ ». D'une procédure « égale » on est ainsi passé à la considération plus neutre d'une procédure « juste et équitable », notion proche de celle employée par la Cour européenne des droits de l'homme et témoin de *l'assouplissement du contenu du concept d'égalité* en droit constitutionnel français.

– *Au stade du jugement*, le Conseil constitutionnel a longtemps semblé plus exigeant quant au respect d'une absolue *identité de juridiction*. Si une même catégorie d'affaires peut donner lieu à l'application de règles de procédures (notamment d'instruction) différentes, tenant compte du degré de complexité de chacune, au contraire, toutes ces règles de procédure doivent conduire à ce que des affaires donnant à juger des situations juridiques identiques soient soumises aux mêmes juridictions de jugement. Ainsi, des règles de composition dérogatoires au droit commun (celles des cours d'assises spéciales sans jurés populaires pour les actes de terrorisme) qui trouvent, selon le législateur, leur justification dans les caractéristiques spécifiques du terrorisme « ne sauraient, sans qu'il soit porté atteinte au principe d'égalité devant la justice, être étendues à des infractions qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques », telles que, par exemple, l'ensemble des crimes et délits contre la sûreté de l'État².

Ainsi encore, le devoir de juger, justification régaliennne de l'existence d'un service public de la justice, ne s'oppose plus à l'institution de juridictions spécialisées : il suffit que les règles d'organisation, de composition et de compétence matérielle de ces juridictions soient, pour des affaires de même nature, identiques.

La difficulté est alors, comme nous l'avons déjà montré³, de déter-

1. Cons. const., décision n° 75-56 DC, 23 juillet 1975, *RJC*, p. 32 et réf. citées.

2. Cons. const., décision n° 95-360 DC, 1^{er} et 2 février 1995, *JORF*, 7 février, p. 2097, *RFDC*, 1995, note Renoux.

3. Loi n° 95-125 du 8 février 1995, « relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative », *JORF*, 9 février, p. 2175.

4. Voir notre rapport « Le Conseil constitutionnel et le droit au juge », *op. cit.*

miner quelles sont les *catégories d'affaires de même nature*. Une application stricte du principe d'égalité supposerait, comme en Italie par l'application de la « théorie du juge naturel », que les règles précitées soient fixées *avant* la constitution du litige à juger. La liberté des juges est alors limitée, puisque la réserve constitutionnelle de compétence légale en ce domaine oblige à ce que ce soit la loi elle-même, et non le juge, qui fixe ces règles, sans pouvoir en subdéléguer l'édiction aux autorités d'application.

62 En ce sens, la reconnaissance au président du tribunal de grande instance d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant souverainement de déterminer la composition de la juridiction a été jugée contraire à la Constitution. Dans sa décision du 23 juillet 1975, le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme à la Constitution une loi qui, reprenant en l'étendant un dispositif issu d'une loi du 29 décembre 1972, attribuait au président du tribunal correctionnel le pouvoir souverain de décider, pour des délits limitativement énumérés par l'article 398-1 du Code de procédure pénale (en matière de transports, de chèques, d'infractions au Code de la route, de chasse et de pêche), que ledit tribunal examinerait l'affaire non pas en formation collégiale mais à *juge unique*, sans que cette décision soit susceptible de recours de la part des parties poursuivantes ou du prévenu lui-même¹.

Près de vingt ans plus tard, saisi de dispositions législatives élargissant la compétence du juge unique à un grand nombre de délits, supprimant toute possibilité de renvoi à la collégialité une fois le juge unique saisi et élargissant la compétence du juge unique au sein de l'ordre administratif², le Conseil constitutionnel, par une singulière économie de moyen, ne dit mot sur l'éventuelle méconnaissance d'un principe constitutionnel sur ce point³.

Certes, l'on ne peut inférer des principes régissant notre organisation judiciaire l'existence d'un quelconque principe constitutionnel de collégialité des juridictions correctionnelles⁴. La situation est la même en Italie ou en Espagne, pays dans lequel le juge unique a même été étendu aux instances de second degré, et cela sans aucune critique du Tribunal constitutionnel.

Ce silence (que l'on doit regretter) du Conseil constitutionnel amène nécessairement à s'interroger sur le sens réel de sa décision du 23 juillet 1975. Car le *principe d'égalité* (comme l'« erreur manifeste d'appréciation ») n'est qu'*un paramètre de contrôle de la constitutionnalité d'une loi*. L'égalité abstraite et absolue n'existe pas ; elle s'apprécie toujours au regard d'une règle de fond (égalité devant les voies de

recours, devant l'accès aux emplois publics, dans l'exercice du droit au travail, la jouissance du droit de propriété...). Dès lors, de deux choses l'une : soit la collégialité constitue une garantie pour le justiciable, auquel cas le législateur ne peut effectivement laisser au seul président du tribunal le soin d'en décider discrétionnairement, soit la collégialité est dépourvue de toute influence sur la décision de justice, auquel cas, sauf à exiger une pure égalité formelle, restreindre son champ ne méritait pas les foudres du Conseil constitutionnel.

Aujourd'hui, c'est le législateur lui-même (loi du 8 février 1995 modifiant l'article 398-1 du Code de procédure pénale) qui fixe la compétence obligatoire du juge unique pour les délits qu'il énumère, sans recours possible à la collégialité une fois ce juge saisi.

Mais encore faut-il que le recours dérogatoire au juge unique, même déterminé *a priori* par le législateur, soit *justifié* (par exemple par l'encombrement des juridictions) et *approprié* à la catégorie de délits à juger. La circonstance que, même après la loi du 8 février 1995, la collégialité s'impose lorsque le prévenu ne comparait pas libre, laisse supposer que le législateur lui-même a eu probablement des doutes à cet égard. On regrettera donc la timidité du Conseil constitutionnel sur ce point, alors même que, dans des systèmes judiciaires voisins (en Italie par exemple), le droit au juge naturel, dont nous avons souligné le caractère fondamental, implique une préconstitution de la juridiction par le législateur, appréciée, selon la doctrine, avant la réalisation des faits litigieux (*ante factum*), ce qui n'est pas le cas en France.

63

Juger dans les mêmes cas ?

Le devoir constitutionnel de juger devrait en principe conduire à ce que tous les auteurs d'infractions identiques soient déférés aux mêmes catégories de juridictions et jugés dans les mêmes conditions.

Cependant, notre système judiciaire français est dominé non pas par le principe de la légalité des poursuites (que l'on retrouve, avec des tempéraments, en Allemagne), mais par celui de l'opportunité des poursuites, énoncé par l'article 40 du Code de procédure pénale. Le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, avait proposé d'en réduire la portée en rappelant que le principe d'opportunité des poursuites, tout en ayant une fonc-

1. Cons. const., décision n° 93-334 DC, 20 janvier 1994, *op. cit.*

2. Sur le fondement constitutionnel de ce droit, voir Th. S. Renoux, *L'Indemnisation publique des victimes d'attentats*, Economica, 1988.

tion d'apaisement, ne devait en aucun cas conduire au favoritisme et devait donc s'exercer dans le respect intégral du principe d'égalité devant la loi. L'opportunité des poursuites aboutit, en pratique, à ce que le parquet détienne la maîtrise de l'action publique, sous réserve des *instructions écrites de poursuites* que, conformément à l'article 36 du même code (dont la constitutionnalité n'a pas été soumise à l'examen du Conseil constitutionnel), le ministre de la Justice, garde des Sceaux, peut, en vue de l'élaboration d'une politique pénale, adresser aux procureurs généraux. Si la victime est en effet, en principe, également habilitée à déclencher l'action publique, avec constitution de partie civile, encore faut-il qu'elle soit identifiée et qu'elle ait la volonté, le courage ou les ressources leur permettant de poursuivre en justice son agresseur. En outre, certains délits, notamment en matière financière, fiscale ou douanière, ne causent pas de préjudice direct aux particuliers, en sorte que la mise en œuvre de l'action publique peut se trouver paralysée ou retardée.

64

Sur ce point, hélas, les statistiques sont éloquentes. Elles font état d'un taux de classement par le parquet des plaintes enregistrées de l'ordre de 74 % en 1992, tendance qui s'affirme depuis plusieurs années puisque environ 66 % des affaires étaient classées en 1986. Étant précisé, pour que l'on parle de classement, que la victime doit avoir porté plainte. La décision de classement n'étant pas susceptible de recours, *le classement sans suite est dès lors devenu, davantage qu'un instrument de paix sociale, un mode essentiel de régulation du flux contentieux*, un singulier procédé de gestion de l'administration de la justice, générant chaque année plus de 500 000 dénis de justice...

La fonction constitutionnelle des juridictions répressives, qui est de punir mais également de favoriser l'amendement et la réinsertion du condamné¹, tout comme le droit (constitutionnel) à compensation du préjudice des victimes, sont ainsi méconnus². Cet état de fait est d'autant plus choquant que, dans la grande majorité des cas, les dossiers sont néanmoins en état d'être soumis à la juridiction : les éléments constitutifs de l'infraction sont établis et l'auteur présumé, comme la victime, sont identifiés. Pourtant, les affaires ne sont pas renvoyées, mais classées purement et simplement sans suite.

1. Cons. const., décision n° 92-305 DC, 21 février 1992, *RFDC*, 1992, p. 389, note Renoux.

2. Cons. const., décision n° 93-326 DC, 11 août 1993, *RFDC*, 1993, p. 848, note Renoux.

Jusqu'où peut se développer en ce domaine la liberté des magistrats ?
 Peut-elle, sans enfreindre aucun principe constitutionnel, investir de nouveaux espaces en autorisant, par exemple, non seulement le ministère public à *classer sans suite*, mais également à *décider de transiger avec le délinquant* ?

Prenant appui sur une interprétation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, soulignant que les magistrats du parquet appartiennent *au corps judiciaire*¹ et qu'ils exercent, avec les magistrats du siège, *l'autorité judiciaire*², le législateur a cru pouvoir, à la fin de 1994, doter le ministère public du pouvoir d'éteindre l'action publique par la transaction, ce qui aurait constitué une alternative au classement sans suite ou à la saisine du tribunal correctionnel. Pour simplifier, on dira que plutôt que de saisir le tribunal, le ministère public aurait pu, sous la forme d'un acte suspensif de prescription dénommé « injonction pénale », proposer au contrevenant susceptible d'encourir une peine de moins de trois ans d'emprisonnement, soit de verser une somme au Trésor, soit de participer à une activité non rémunérée d'intérêt général, tout en ayant soin de réparer le préjudice commis à la victime (qui pouvait s'opposer à la transaction, du moins tant qu'elle n'était pas conclue). En sorte que l'on aurait pu appliquer ici la fameuse formule du doyen Carbonnier : « Dans un pays, un État et un ministère public peuvent suffire au bonheur des citoyens. »

65

Cependant, ce dispositif législatif méconnaissait plusieurs principes constitutionnels.

– D'une part, l'attribution au procureur de la République d'une possibilité de transiger, dans des affaires non soumises au juge, semble remettre en cause l'exercice par l'État d'une de ses fonctions régaliennes : celle de rendre la justice. *Si le membre du parquet appartient à l'autorité judiciaire, s'il possède la qualité de magistrat professionnel, il n'est pas pour autant juge.*

– D'autre part, même avec le consentement du contrevenant, l'injonction pénale peut s'analyser en une violation de la présomption d'innocence formulée par l'article 9 de la Déclaration des droits de

1. Séparation dont nous avons souligné le caractère constitutionnel : *Le Conseil constitutionnel et l'Autorité judiciaire*, Economica, 1984, p. 426.

2. In *FDJC*, 1991, p. 128 ; 1993, p. 851. Sur tous ces points, voir notre rapport « La répartition constitutionnelle des compétences », Colloque « La Cour de cassation et la Constitution de la République », 9 et 10 décembre 1994, PUAM/La Documentation française, 1995.

66 1789. En effet, dès l'instant où le contrevenant accepte de transiger, il admet tacitement sa culpabilité en dehors de tout contrôle de l'organe de jugement. Enfin, l'injonction pénale, telle qu'elle était organisée par la loi, s'exerçait sans respect des droits de la défense, hors la présence d'un avocat, sans contrôle de l'organe de jugement et sans aucune faculté de recours. On comprend dans ces conditions que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 2 février 1995, après avoir rappelé qu'« en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle¹ », relève que certaines mesures susceptibles de faire l'objet de l'injonction pénale, assimilables à des sanctions pénales, peuvent être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle : en conséquence leurs exécutions, « même avec l'accord » de l'intéressé, ne peuvent « s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles ».

Ceci démontre une fois de plus, comme nous avons eu l'occasion de l'écrire, qu'il existe bien une *fonction constitutionnelle de l'autorité judiciaire, et, plus particulièrement au sein de celle-ci, une répartition constitutionnelle des attributions entre les magistrats du siège et les magistrats du parquet selon le degré de contrainte apporté à la liberté individuelle*².

C'est donc moins le *principe de la transaction pénale* (qui existe déjà de manière partielle en matières fiscale, douanière, d'infractions au Code de l'aviation civile, au Code forestier, ainsi que dans le Code de procédure pénale à l'égard des exploitants de services publics de transports terrestres, dans des conditions, il est vrai, dont la constitutionnalité n'a pas été examinée) que les *modalités de sa mise en œuvre* qui se trouvent contestés. Le devoir de juger (différent du droit de poursuivre) s'adresse aux magistrats du siège qui, ayant la fonction constitutionnelle de juges, sont seuls habilités à attribuer une qualification juridique à un comportement social, et non aux magistrats du parquet, quand bien même appartiendraient-ils à l'autorité judiciaire.

Par comparaison, on observera que, dans tous les pays où existe un procédé de transaction pénale, celui-ci s'exerce toujours sous *l'entier contrôle de l'autorité de jugement*. Le juge (sauf en Belgique et aux Pays-Bas où l'utilisation de cette procédure par le ministère public dans des affaires politiquement sensibles a été critiquée) peut non seulement *homologuer* l'accord entre les parties poursuivantes et le prévenu, mais

encore et surtout *refuser* ou *modifier les termes de l'accord*, compte tenu des circonstances de l'espèce.

C'est ainsi que le mécanisme du *plea bargaining* (« plaider coupable ») a donné lieu aux États-Unis à une abondante jurisprudence de la Cour suprême fédérale depuis le début des années soixante-dix, soulignant les conditions et les limites d'une telle procédure, notamment au regard du contrôle du juge, des droits de la défense et des droits des victimes. Dans notre pays, l'injonction pénale pourrait dès lors, à notre sens, être déclarée non contraire à la Constitution si elle s'accompagnait d'une *protection effective des droits de la défense* ainsi que d'un *entier contrôle de la juridiction de jugement*, de nature à préserver la *présomption d'innocence*.

Mais vouloir soustraire certaines affaires à leur « juge naturel » n'est-ce pas déjà vouloir conquérir le droit de juger ?

67

II. LE DROIT DE JUGER

Le droit contemporain présente ceci d'étonnant qu'il confie à toutes sortes d'organes ou d'individus le qualificatif de « sage » ou de « juge ».

L'ère des conseils, la polysynodie administrative à la mode dans les années soixante-dix, semble céder la place à une forme imprévue de « gouvernement des juges », c'est-à-dire l'état d'une société dans laquelle un nombre non limité de personnes pourraient revendiquer la qualité de « juges ».

Pourtant les juges, professionnels comme occasionnels, doivent savoir jusqu'où ne pas aller : substituer leur décision, même sur l'invitation quelque peu perverse des gouvernants, à la décision politique, tout en étant affranchis de la responsabilité inhérente à tout pouvoir politique.

« Juge », plus qu'une fonction, devient un label, celui d'une institution légitimante : nombreux sont les citoyens qui, à des degrés divers dans l'exercice de leur vie professionnelle, sont amenés à juger un comportement. Tous ne sont pas pour autant « magistrats ». En s'intéressant plus à l'acte de jugement qu'à la fonction constitutionnelle de juger, en qualifiant de « juge » toute autorité investie d'un pouvoir de décision, on risque ainsi une dérive dangereuse pour la protection des libertés,

1. Conseil d'État, 2 février 1962, Beausse, *AJDA*, 1962, Chron. Galabert et Gentot.

confusion des genres que le Conseil constitutionnel s'efforce d'endiguer en rappelant les fonctions constitutionnelles de la *magistrature* et des *juridictions*.

Droit de la magistrature ?

L'assimilation du juge au magistrat s'accélère. En 1962, le Conseil d'État, dans un arrêt Beausse¹, confirmé par la jurisprudence ultérieure, décidait que les membres des Conseils de prud'homme, tout en exerçant des fonctions de juges, n'étaient pas pour autant des magistrats au sens de la Constitution et devant comme tels être dotés d'un statut législatif organique, par application combinée des articles 34 et 64 de la Constitution de 1958.

68 Comme en écho à cette conception, le législateur du 13 janvier 1986 soulignait que les membres des tribunaux administratifs, sans en avoir la qualité, « exerçaient les fonctions de magistrat ».

Aujourd'hui, la loi du 8 février 1995, « relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative », détermine directement des règles du droit processuel civil ou administratif (et non des moindres puisqu'elle attribue aux juridictions administratives le droit d'adresser à l'administration des injonctions, droit longtemps refusé au nom d'une conception caricaturale de la séparation des pouvoirs), associe nettement des membres de la société civile (au départ qualifiés de « juges de paix ») à l'œuvre de justice, sans que l'on s'émeuve du point de savoir si de telles innovations législatives entrent réellement dans le champ de l'article 34 de la Constitution, qui limite en principe la compétence de la loi en ce domaine au seul énoncé des règles de la procédure pénale.

Comme pour la transaction pénale, l'influence du droit anglo-saxon est ici sensible. Faire entrer dans la magistrature, pour une durée de sept ans, des juges-citoyens, partageant leur temps entre le tribunal d'instance ou de grande instance (en qualité d'assesseur) et une activité professionnelle rémunérée (sous réserve d'incompatibilités pour les

1. « Considérant [que] les fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire ; que la Constitution ne fait cependant pas obstacle à ce que, pour une part limitée, des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser la carrière judiciaire, à condition que, dans cette hypothèse, des garanties appropriées permettent de satisfaire au principe d'indépendance qui est indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires ; qu'il importe à cette fin que les intéressés soient soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble

professions judiciaires), constitue une *véritable révolution silencieuse* dans la conception traditionnelle du juge d'Europe continentale, celle d'un fonctionnaire soumis au droit légiféré, ayant choisi d'embrasser une carrière de la fonction publique après avoir présenté un concours et suivi une formation spécialisée.

Nouvelle manifestation de *la liberté des juges*, le recours à des juges issus de la société civile favorisera peut-être une régulation juridique nouvelle fondée sur *l'équité et le contrat*. L'institution n'est pas sans rappeler celle des *magistrates*, juges non professionnels en Grande-Bretagne, qui exercent la fonction de juge à titre bénévole. Mais la Grande-Bretagne recrute ses juges professionnels parmi les avocats, et la profession de juge n'y constitue pas une carrière.

Sans doute fera-t-on observer que le recrutement de ces magistrats à titre temporaire exige l'avis conforme de la Commission d'avancement des magistrats de carrière et que, dans son principe, elle existe en France depuis l'adoption de la loi organique du 17 juillet 1970 : mais il s'agissait alors de favoriser le recrutement de magistrats retraités, nommés pour une période non renouvelable de trois, six ou neuf ans et affectés à un tribunal de grande instance ou un tribunal d'instance.

Sans doute encore fera-t-on remarquer que l'organisation judiciaire française connaît déjà un grand nombre de cas de juges occasionnels, en nombre plus élevé d'ailleurs que les juges professionnels : cours d'assises, conseils de prud'hommes, tribunaux de commerce... Mais, précisément, *ceux-ci n'étaient pas jusqu'à présent assimilés à la magistrature* en raison du caractère temporaire de leurs fonctions.

L'ouverture de la magistrature aux juges occasionnels soulève en définitive deux types de difficultés distinctes : d'une part, celle de savoir dans quelles conditions effectives les garanties statutaires organiques offertes aux magistrats de carrière pourront leur être applicables (en particulier, l'exercice de l'ensemble des compétences du Conseil supérieur de la magistrature) ; d'autre part, de déterminer dans quelle proportion ces juges occasionnels pourront venir compléter les rangs des magistrats de carrière.

des magistrats sous la seule réserve des dispositions spécifiques qu'impose l'exercice à titre temporaire de leurs fonctions » (Cons. const., décision n° 94-355 DC, 10 janvier 1995, Consid. n° 8, *JORF*, 14 janvier, p. 728 ; loi organique n° 95-64 du 19 janvier 1995 modifiant l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, *JORF*, 20 janvier, p. 1042).

1. Voir « Code constitutionnel », art. DDH 8 et rapport précité « La répartition constitutionnelle des compétences », in « La Cour de cassation et la Constitution de la République », Colloque des 9 et 10 décembre 1994, *Economica/La Documentation française*, 1995.

Autant de questions auxquelles, en l'état actuel, la jurisprudence constitutionnelle n'apporte qu'une réponse imparfaite, même si le législateur a pris soin de limiter l'action des « magistrats temporaires » au quart des services du tribunal dans lequel ils sont affectés¹.

Droit des juridictions ?

Il existe une certaine logique entre l'extension du juge unique, la création du juge-citoyen et la « déjuridictionnalisation » des contentieux. Sur ce point encore, on peut s'interroger sur la question de savoir s'il est bien compatible avec les principes constitutionnels de notre droit processuel d'attribuer à des autorités administratives des pouvoirs quasi juridictionnels, retirés aux juges. L'accentuation des pouvoirs coercitifs de la Commission de surendettement des particuliers, certes souhaitée par les organisations professionnelles, le transfert aux *greffiers des tribunaux* (qui peuvent eux-mêmes les subdéléguer) d'attributions civiles ou commerciales jusqu'à présent exercées par les magistrats, peuvent laisser supposer que le droit de juger n'appartient déjà plus aux juges. Même s'il s'agit de « recentrer » le juge sur ses fonctions principales, ne risque-t-on pas de voir le pouvoir juridictionnel subir le même sort que le pouvoir législatif aux débuts de la V^e République : devenir une chambre d'enregistrement ?

Il existe pourtant une *fonction constitutionnelle des juridictions*, ce que nous avons appelé, en empruntant cette terminologie au droit comparé, une « réserve constitutionnelle de compétence judiciaire ». En d'autres termes, une compétence minimale obligatoire des juridictions que celles-ci, sans violer les principes constitutionnels, ne peuvent abandonner. Ainsi, par exemple, une autorité administrative indépendante ne peut se substituer aux juridictions compétentes et prononcer des sanctions que dans la stricte mesure où ces peines sont exclusivement professionnelles ou pécuniaires et seulement si elles sont indispensables à l'accomplissement de sa mission. Toute autre sanction, notamment privative de liberté, relève de la compétence obligatoire non pas d'un organe administratif mais d'un organe juridictionnel. Davantage encore, à l'intérieur même du pouvoir juridictionnel, dont les missions sont ainsi garanties par la Constitution, la répartition des fonctions contentieuses entre l'ordre juridictionnel administratif et l'ordre juridictionnel judiciaire résulte de principes constitutionnels¹.

La liberté des juges est donc en marche : mais elle a des limites, celles de la Constitution, et un prix, celui du respect des institutions de la République.

R É S U M É

Les juges, professionnels comme occasionnels, doivent savoir jusqu'où ne pas aller : substituer leur appréciation à la décision politique, tout en étant affranchis de la responsabilité inhérente à tout pouvoir politique.

« Juge », plus qu'une fonction, devient un label, celui d'une institution légitimante : le devoir de juger semble inévitablement s'estomper alors que, dans le même temps, le droit de juger, c'est-à-dire d'interpréter la loi, est aujourd'hui revendiqué par le plus grand nombre, même dans le cadre de modes de règlements non juridictionnels des litiges.

C'est à ce point de convergence, délicat équilibre entre un devoir traditionnel, celui de juger, et un droit revendiqué, celui d'être juge, que se situe la fragile liberté des juges.