

## SEANCE DU 19 FEVRIER 1998

La séance est ouverte à 9 h 30 en présence de tous les conseillers à l'exception de Mme LENOIR.

Monsieur le Président : Madame LENOIR est absente mais elle m'a fait connaître qu'elle se ralliait au projet.

*Le Président fait une mise au point sur l'article paru le 18 février dans le Figaro à propos de l'affaire HUE : quelle attitude doit adopter le Conseil constitutionnel face à cet article ? Publier un communiqué ou prévoir la publication d'un article rédigé par un universitaire sur les décisions électorales du Conseil constitutionnel ?*

*La seconde idée est retenue mais la publication ne sera pas faite immédiatement.*

Monsieur CABANNES : Monsieur le Président, Mes chers collègues, je propose de présenter en premier les articles relatifs aux concours exceptionnels.

Nous sommes donc saisis d'une nouvelle loi organique, celle-ci portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire ; en réalité son contenu va au-delà, comme nous le verrons, mais l'intitulé de la loi n'a pas suivi l'évolution du travail parlementaire.

La loi organique que nous allons examiner prévoit, d'une part, le recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire ; elle modifie, d'autre part, les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire et celles des magistrats exerçant à titre temporaire.

L'objectif poursuivi est le renforcement des juridictions en magistrats, et tout particulièrement des cours d'appel, ce dans le plus bref délai possible, compte tenu du caractère excessif des délais de traitement des affaires et de l'importance des stocks d'affaires à juger, étant précisé par ailleurs que 216 postes sont vacants et que 70 emplois nouveaux vont être créés en 1998 ; les informations chiffrées données par le gouvernement confirment les difficultés rencontrées par les juridictions du second degré ; je ne donnerai que deux chiffres qui illustrent cette situation : pour la cour d'appel de Douai, le délai pour juger les affaires en matière civile est de 20 mois, il est de 3 ans en matière sociale.

Or, les modes habituels de recrutement ne permettent pas de répondre aux besoins des juridictions ; il convient ainsi de rappeler que l'accès au corps judiciaire par l'Ecole nationale de la magistrature nécessite environ trois ans et sept mois ; c'est au regard de ces différents constats qu'un plan d'urgence pour la justice a été préparé, puis adopté ;

Pour parvenir au résultat souhaité, différents moyens sont retenus par le législateur : trois concours exceptionnels dans la limite de 200 postes sur les années 1998 et 1999, la nomination de 20 conseillers de cour d'appel en service extraordinaire, l'assouplissement des règles de recrutement de ces derniers et des magistrats exerçant à titre temporaire.

Il convient de rapprocher ces chiffres de celui des magistrats qui vont être recrutés par les concours traditionnels d'entrée à l'ENM ; ainsi, alors qu'en 1997 ont été recrutés 145 auditeurs de justice par ces concours (110 pour le premier, 27 pour le deuxième et 8 pour le troisième) auxquels vont venir s'ajouter quelques auditeurs de justice intégrés directement sur titre, le recrutement exceptionnel qui est prévu représente plus des deux-tiers de ces effectifs.

Ce texte nous a été transmis par le Premier ministre conformément aux dispositions des articles 46 et 61 alinéa 1er de la Constitution. S'agissant d'une loi organique, il nous appartient de vérifier, d'une part, que chacune des dispositions qui y figurent a le caractère organique, aucune censure n'étant toutefois prononcée au seul motif qu'une disposition ordinaire est présente ; d'autre part, que les articles la composant sont conformes à la Constitution.

Nous devons également nous assurer que la loi a été adoptée selon la procédure prévue à l'article 46 de la Constitution. J'indique immédiatement que tel est bien le cas, puisque la présente loi organique a été soumise à la délibération et au vote de la première assemblée saisie après l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt.

S'agissant du caractère organique de ses dispositions, il a comme fondement l'article 64, 3ème alinéa de la Constitution, qui énonce qu'une loi organique porte statut des magistrats. Le Conseil constitutionnel a retenu la compétence du législateur organique, de façon dépourvue de toute ambiguïté dans la décision n° 92-305 du 21 février 1992 -alors que, par ailleurs, aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant le statut des magistrats-. Je pense qu'il n'y a pas lieu de s'attarder davantage sur cette question, aujourd'hui définitivement tranchée.

**Avant d'aborder l'examen même de la loi organique je souhaite rappeler les principes constitutionnels applicables au statut de la magistrature.**

Ils ont été dégagés à l'occasion de différentes décisions du Conseil constitutionnel, en particulier les décisions du 21 février 1992, du 27 janvier 1994, du 10 janvier 1995. Même si le texte que nous allons examiner ne revêt pas l'ampleur de ceux ayant donné lieu aux décisions que je viens de citer, il me paraît essentiel de rappeler brièvement ces principes, car nous devons les avoir présents à l'esprit au cours de l'examen des différents articles de la loi en cause.

Ces principes sont ceux de l'article 64 de la Constitution qui indique que le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, qu'il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature et que les magistrats du siège sont inamovibles.

**De ces principes, le Conseil constitutionnel a déduit, notamment dans la décision du 21 février 1992, des règles de fond par lesquelles doivent être garantis le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire, la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège, ainsi que le principe de l'égalité de traitement des magistrats dans le déroulement de leur carrière, qui découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'article 6 de la Déclaration impose en outre qu'il ne soit tenu compte, pour les nominations, que de la capacité, des vertus et des talents.**

**Les modalités d'accès à la magistrature, le nombre et le niveau de qualification des magistrats doivent ainsi assurer à la fois la qualité du recrutement des magistrats et l'indépendance de l'autorité judiciaire.**

Par ailleurs, comme le Conseil l'a souligné dans la décision précitée de 1992, et selon une formulation usuelle : "Si, dans son domaine de compétence, il est du pouvoir du législateur organique de modifier, de compléter ou abroger des dispositions antérieurement édictées sous forme de loi organique, dans l'exercice de son pouvoir...il lui incombe de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels".

Avant d'entrer dans le détail de la loi, je souhaite faire **un rapide rappel sur la carrière des magistrats de l'ordre judiciaire**, qui permettra à chacun de mieux appréhender la portée de la loi.

Les magistrats de l'ordre judiciaire commencent leur carrière au niveau du **second grade** de la hiérarchie ; ils sont alors appelés à exercer les fonctions de juge, juge d'instruction, juge des enfants,... **Après sept ans d'exercice de leurs**

**fonctions et après avoir été inscrits sur une liste d'aptitude spéciale**, les magistrats du second grade peuvent prétendre à l'exercice de fonctions plus complexes qui requièrent une aptitude particulière, par exemple celles de président d'un tribunal de grande instance à une chambre ou **de conseiller de cour d'appel** ; la liste d'aptitude spéciale est établie par la commission d'avancement, qui se prononce en fonction de l'aptitude aux fonctions des magistrats.

Vient ensuite **le premier grade de la hiérarchie, qui est divisé en deux groupes**. Lorsqu'ils justifient de **dix années d'ancienneté**, les magistrats du **second grade peuvent accéder aux fonctions du premier groupe du premier grade, s'ils sont inscrits au tableau d'avancement** ; les magistrats du **second grade ne peuvent être promus au second groupe du premier grade que s'ils justifient de douze ans d'ancienneté et s'ils sont inscrits sous une rubrique spéciale du tableau d'avancement**. A l'inscription au premier groupe du premier grade, correspond l'exercice de fonctions précises : par exemple, président et procureur de la République d'un tribunal de grande instance à deux chambres, vice-président d'un tribunal de grande instance...Les fonctions correspondant au second groupe du premier grade traduisent l'élévation dans la hiérarchie : peuvent être ainsi exercées les fonctions de président et procureur de la République d'un tribunal de grande instance hors classe ou les **fonctions de conseiller et de substitut général aux cours d'appel de Paris et de Versailles**, fonctions dont nous aurons l'occasion de reparler lors de l'examen de la loi organique, mais dont je dirai d'ores et déjà qu'elles correspondent hiérarchiquement à celles de président de chambre ou avocat général de cour d'appel de province. Vient ensuite le "hors hiérarchie", dont je ne vous parlerai toutefois pas, puisqu'il n'est pas abordé par le texte que nous examinons.

Après ce rappel, je vais maintenant passer à l'examen article par article, ou par groupe d'articles indissociables, de la loi organique.

## **II. Recrutements exceptionnels de magistrats.**

### *1°) Articles 1er à 4 :*

**Comme l'indique Thierry Renoux dans sa thèse sur le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire : "Il n'est guère besoin de s'attacher à démontrer comment les modalités d'accès à la magistrature, le nombre et le niveau de qualification des magistrats concourent, d'une façon plus directe qu'on pourrait légitimement le penser, à assurer l'indépendance de l'autorité judiciaire".**

Je rappelle que deux formes de recrutement ont été prévues, dès l'origine, par l'ordonnance de 1958 portant statut organique des magistrats : le recrutement normal par concours d'entrée puis période de formation et le recrutement latéral.

Toutefois, le recours à des concours exceptionnels n'est pas nouveau, mais constatons qu'il se fait de plus en plus fréquent, et qu'il permet le recrutement d'un nombre de plus en plus élevé de magistrats : au titre de la loi organique du 29 octobre 1980, ont été recrutés 166 magistrats, au titre de celle du 15 avril 1991, 93 magistrats ont été recrutés, tous au second grade de la hiérarchie. Il faut savoir que ce mode de recrutement aboutit en réalité à modifier la pyramide des âges et peut conduire à changer radicalement la physionomie du corps judiciaire ; nommer par exemple en qualité de magistrats des fonctionnaires et des contractuels ayant appartenu à des administrations très hiérarchisées n'est pas indifférent, comme il n'est pas indifférent de prévoir des recrutements à des niveaux élevés de la hiérarchie judiciaire - premier grade ou hors hiérarchie-.

En tenant compte des dispositions de la loi organique, l'origine du recrutement des magistrats, de 1981 à 1999, sera la suivante : ENM : 75,93 % ; concours exceptionnels : 9,10 % ; conseillers de cour d'appel en service extraordinaire : 1,03 % ; recrutement latéral : 13,94 %.

#### **A) Les dispositifs institués :**

Voyons donc les concours qui sont aujourd'hui prévus par le législateur.

**L'article 1er** autorise, à titre exceptionnel, un recrutement par concours de magistrats du second grade de la hiérarchie judiciaire dans la limite de 50 postes au cours de l'année 1998 et de 50 postes au cours de l'année 1999. **Est ici visé le recrutement de magistrats de tribunaux de grande instance de second grade.** Les diplômes dont doivent être titulaires les candidats sont identiques à ceux exigés pour le premier concours permettant de recruter des auditeurs de justice.

Les candidats doivent être âgés de 35 ans au moins et de 45 ans au plus au 1er janvier de l'année d'ouverture du concours et justifier, à cette date, de dix ans d'ancienneté, sauf pour les personnes titulaires d'une maîtrise en droit, pour lesquelles la durée requise est de huit ans.

**L'article 2** autorise un recrutement exceptionnel de magistrats du second grade, appelés à **exercer directement les fonctions de conseiller de cour d'appel,**

**dans la limite de 40 postes au cours de l'année 1998 et de 40 postes au cours de l'année 1999** ; les candidats doivent être âgés de quarante ans au moins et de cinquante-cinq ans au plus, et justifier de 12 ans d'activité professionnelle. Les autres conditions sont identiques à celles précisées à l'article 1er.

Il convient dès à présent de souligner que le recrutement direct au niveau de la cour d'appel est **une innovation de la loi**. Elle est justifiée, selon les travaux préparatoires et les fiches du Gouvernement, par la vacance persistante d'emplois dans certaines cours d'appel (notamment celle de Douai) et la difficulté de pourvoir ces postes par les voies normales de l'avancement.

**L'article 3** permet un recrutement par concours de **magistrats du premier groupe du premier grade appelés à exercer directement les fonctions de conseiller de cour d'appel**, dans la limite de 10 postes pour les années 1998 et 1999. L'activité professionnelle antérieure doit être de 15 ans. **Là encore il s'agit d'une innovation, qui est en réalité double : c'est la première fois que l'on recrute au niveau du premier grade de la hiérarchie judiciaire, et c'est la première fois, comme je viens de le dire, que des personnes sont recrutées par concours exceptionnel pour exercer des fonctions au second degré de juridiction.**

Quel que soit le concours, et donc les catégories de magistrats ainsi recrutés, la formation dont ils bénéficieront est la même : l'article 4 prévoit une formation à l'E.N.M. ; il résulte de l'avant-projet de décret, communiqué par le gouvernement, que ce stage, d'une durée de six mois, comportera une période passée en juridiction ainsi qu'une formation théorique d'un mois dispensée à l'E.N.M.

**A l'issue de cette période de formation, les intéressés sont nommés aux emplois et, pour ceux qui ont été recrutés au titre des articles 2 et 3, dans les fonctions de conseiller de cour d'appel ; la nomination intervient dans les formes prévues à l'article 28 de l'ordonnance portant statut organique, c'est-à-dire selon la procédure de droit commun.**

Il résulte de cette disposition que **s'agissant des magistrats recrutés au titre de l'article 1er, le Conseil supérieur de la magistrature sera saisi par la chancellerie des projets de nomination, sans attendre l'issue du stage, comme le souligne le secrétariat général du gouvernement** ; selon que les nominations devront être réalisées sur des postes du siège ou du parquet, le C.S.M. rendra un avis conforme ou un simple avis ; **en toute hypothèse, tous les intéressés seront nommés**. La compétence liée de l'autorité de nomination n'est pas ici véritablement problématique ; en effet, le choix des fonctions

pouvant être exercées au second grade, tant au siège qu'au parquet permettra à la chancellerie et au C.S.M de nommer les intéressés à certains postes plutôt qu'à d'autres en fonction des aptitudes qu'auront révélé les résultats au concours et, il faut l'espérer, le stage en juridiction. Les dispositifs précédents (loi de 1980 et 1991) ne conféraient pas non plus au stage un caractère probatoire.

**S'agissant des magistrats recrutés au titre des articles 2 et 3 pour exercer directement les fonctions de conseiller de cour d'appel, la compétence de l'autorité de nomination sera liée. Le recrutement visant exclusivement à l'exercice de ces fonctions, il n'y aura donc aucune possibilité d'affecter les intéressés à d'autres postes.**

## **B) Examen des articles au regard des exigences constitutionnelles :**

Si aucune règle constitutionnelle ne s'oppose à un mode de recrutement exceptionnel et transitoire de magistrats, les règles de recrutement doivent toutefois assurer le respect des exigences constitutionnelles que j'ai précédemment rappelées ; **en particulier, pour qu'indépendance et égalité devant la justice soient respectées, il convient que soient assurées de façon rigoureuse les exigences tenant à la capacité des intéressés.**

### a) sur l'article 1er :

Compte tenu de ces principes, je me suis interrogé, dès l'article 1er, sur le point de savoir si le fait que l'expérience professionnelle antérieure des candidats ne les qualifie pas particulièrement pour l'exercice de fonctions judiciaires n'était pas susceptible de poser difficulté.

Dans les précédentes lois organiques relatives au recrutement par concours exceptionnel de magistrats du second grade, il était exigé que les candidats justifient d'un exercice professionnel dans les domaines juridique, administratif, économique ou social.

Il convient de relever, en premier lieu, que la formulation précédemment utilisée était assez large ; en second lieu, alors que les épreuves de ces précédents concours étaient uniquement des épreuves de caractère pratique, le gouvernement entend fixer, pour les concours exceptionnels prévus par la loi organique, des épreuves exclusivement académiques, afin que la compétence juridique puisse être appréciée. Comme vous avez pu le voir à la lecture du projet de décret, il s'agit d'épreuves traditionnelles s'agissant de l'accès à la magistrature : droit civil, droit pénal... ; une épreuve supplémentaire étant prévue pour les candidats aux fonctions de conseiller de cour d'appel.

Cette précision est importante ; toutefois, même si elle me rassure, il me paraît nécessaire de prévoir une réserve d'interprétation sur ce point ; en effet, la loi restant totalement silencieuse sur le contenu des épreuves du concours, il convient d'enserrer le pouvoir réglementaire dans des limites précises, dont il appartiendra au juge administratif de vérifier qu'elles ont été effectivement respectées.

Pour le surplus, le recrutement prévu à l'article 1er ne m'a pas paru poser de difficulté ; les modalités du recrutement sont en effet conformes à ce qui avait été prévu par les lois déjà évoquées de 1980 et de 1991, notamment s'agissant du caractère non probatoire de la période de stage, dont le Conseil constitutionnel a reconnu la conformité à la Constitution.

b) Sur les articles 2 et 3 :

La véritable difficulté posée par ces articles tient au fait que le recrutement vise à permettre **l'exercice direct de fonctions de conseiller de cour d'appel, non seulement au second grade mais aussi au premier grade de la hiérarchie.**

**Je me suis en premier lieu interrogé sur la possibilité de pourvoir par la promotion interne les postes vacants dans les cours d'appel.** Il résulte des informations données par le gouvernement qu'actuellement 532 magistrats du second grade sont inscrits au tableau d'avancement, qui ouvre accès aux fonctions du premier grade ; aucune indication précise n'a malheureusement été donnée sur le nombre de ces magistrats ayant demandé leur affectation dans des cours d'appel ; j'indique toutefois que l'inscription au tableau d'avancement ne se faisant que si les desiderata des intéressés sont larges, les probabilités sont grandes pour que nombreuses soient les demandes d'affectation en qualité de conseiller de cour d'appel. Nous n'avons pas davantage d'indication sur les cours d'appel qui sont demandées. Par ailleurs, 97 magistrats du second grade sont inscrits sur la liste d'aptitude aux fonctions de conseiller de cour d'appel ; les informations données par le gouvernement souffrent des mêmes imprécisions que celles que je viens d'évoquer.

Conscient des difficultés qui viennent d'être signalées, au regard du déroulement de la carrière judiciaire des magistrats déjà dans le corps, le secrétariat général du gouvernement nous indique que de nombreuses cours d'appel ne sont pas demandées et que, par conséquent, la liste des postes de conseiller de cour d'appel offerts aux concours, arrêtée par le Garde des Sceaux, « visera par priorité à combler les vacances dans les cours d'appel où cela ne peut être réalisée par la promotion interne » ; si ces déclarations sont suivies

d'effet, cela conduira à nommer principalement les magistrats recrutés par ces voies dans des cours d'appel sinistrées.

Je me suis, en second lieu, interrogé longuement sur le point de savoir si les exigences découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789 étaient bien vérifiées. C'est à mon avis l'interrogation essentielle et le point le plus difficile du texte que nous examinons.

**Je rappelle que s'agissant d'accès à la magistrature le Conseil applique des principes comparables à ceux auxquels il se réfère pour apprécier la conformité à la Constitution des intégrations directes dans la fonction publique de l'Etat.**

**Dans la décision n° 83-153 DC du 14 janvier 1983 portant sur la loi relative au statut général des fonctionnaires, le Conseil a dégagé le principe suivant : "...si le principe de l'égal accès aux emplois publics, proclamé par l'article 6 de la déclaration de 1789, impose que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents, il ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public".**

En transposant cette jurisprudence, le Conseil, dans la décision précitée de 1992, a admis l'intégration directe à des emplois hors hiérarchie d'avocats justifiant de 25 années au moins d'exercice de la profession ; il a relevé que la durée de la condition d'ancienneté exigée était à même d'assurer le respect du principe d'égalité, au sens de l'accès aux emplois publics. Ces nominations intervenant après avis conforme de la commission d'avancement, le Conseil avait par ailleurs considéré que les exigences constitutionnelles tenant à la capacité ou au talent, issues de l'article 6, étaient satisfaites.

De cette exigence de capacité, comme je l'ai indiqué en introduction, dépend aussi l'indépendance des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions, l'égalité devant la justice et, de façon plus générale, le bon fonctionnement du service public de la justice.

Le législateur n'aurait-il donc pas commis une erreur manifeste dans son appréciation sur l'exigence de capacité formulée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 ?

Je rappelle que le rôle des conseillers de cour d'appel est essentiel ; à l'heure où l'on nous annonce que la collégialité pourrait encore diminuer, et alors que le degré d'appel devient le degré hélas essentiel du procès civil et pénal, eu égard au nombre croissant d'appels interjetés, il convient de recruter des personnes compétentes, et ce quelle que soit l'origine de leur recrutement ; le recrutement de personnes dont la compétence ne serait pas assurée conduirait à une augmentation des pourvois en cassation, notamment dans certaines matières déjà très sensibles, je pense en particulier à la matière prud'homale, dans laquelle les contentieux se multiplient. Désencombrer les cours d'appel pour surcharger la Cour de cassation est d'évidence le risque à éviter, la Cour de cassation ne devant pas, par ailleurs, devenir un troisième degré de juridiction.

En outre, il est important de rappeler qu'en l'état de la législation, comme je vous l'ai dit dans la présentation de la carrière judiciaire, seuls des magistrats ayant au moins sept ans d'ancienneté dans des fonctions au premier degré de juridiction et inscrits sur une liste d'aptitude spéciale et des magistrats du premier grade de la hiérarchie peuvent être conseillers de cour d'appel ; ceci traduit la difficulté des fonctions et la nécessaire capacité qu'elles imposent.

Je me suis donc interrogé en ces termes : les qualités de compétence et d'expérience exigées des personnes en cause, les concours prévus, la formation délivrée par l'ENM dépourvu de tout caractère probatoire, sont-ils de nature à faire présumer l'aptitude des intéressés à exercer pour la première fois des fonctions juridictionnelles au niveau du second et dernier degré de juridiction ?

Après lecture et examen des remarques du gouvernement, les éléments suivants m'ont fait écarter l'existence d'une erreur manifeste ; il s'agit : de l'ancienneté dans une activité professionnelle antérieure de 12 ans pour les magistrats du second grade, de quinze ans pour ceux du premier ; de l'assurance qui nous a été donnée, je l'ai déjà dit, de la nature juridique des épreuves au concours ; du pouvoir qu'aura le jury de ne pas pourvoir l'ensemble des postes ouverts au concours si la qualité des candidats ne lui paraît pas répondre aux exigences tenant à l'aptitude à juger au second degré de juridiction.

De l'ensemble de ces éléments, ressort, là encore, la nécessité d'une réserve d'interprétation ; aussi, un « considérant » particulier vous est proposé, qui oblige le pouvoir réglementaire à poser des exigences spécifiques relatives à l'exercice des fonctions de conseiller de cour d'appel.

## **2°) Article 5 :**

Son premier alinéa précise les conditions dans lesquelles les années d'activité professionnelle accomplies par les candidats admis aux concours exceptionnels seront prises en compte pour leur classement indiciaire. Ainsi, les magistrats nouvellement recrutés ne vont pas commencer leur carrière au premier échelon de leur grade.

Son second alinéa prévoit, pour les magistrats recrutés en application de l'article 1er et de l'article 2, une prise en compte partielle, pour l'avancement, des années d'activité antérieures.

**Il nous appartient de vérifier si le principe de l'égalité dans le déroulement de la carrière des magistrats est respecté et veiller ainsi à ne pas pénaliser les magistrats recrutés par les concours ordinaires.**

Le Conseil constitutionnel, dans la décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983 portant sur la loi relative au statut général des fonctionnaires, a dégagé les principes applicables à cette question en faisant expressément référence à la magistrature ; ainsi, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution des dispositions prévoyant, s'agissant d'un mode de **recrutement permanent**, le classement dans un corps à un grade et à un échelon déterminés en prenant en compte une fraction de la durée de fonctions précédemment exercées ; il était argué par le Gouvernement, en faveur de la constitutionnalité de ces articles, de l'analogie entre ces dispositions et celles de la loi organique de 1980 relative à la magistrature ; le Conseil a refusé d'admettre celle-ci ; il a ainsi **relevé que si l'article 21 de la loi de 1980 permettait de prendre en compte, pour leur classement hiérarchique, les années d'activité professionnelles accomplies avant leur recrutement par les personnes admises directement dans la magistrature, c'était dans le cadre d'un mode de recrutement exceptionnel et transitoire motivé par la pénurie de personnel et au profit de personnes ayant acquis, avant même leur recrutement, une indiscutable qualification technique, alors que, par ailleurs, ces dispositions s'accompagnaient de mesures favorisant l'avancement des magistrats recrutés selon la voie normale.**

Les conditions ainsi posées paraissent être en l'espèce vérifiées ; en outre, les modalités fixées sont identiques à celles prévues par les précédentes lois organiques ayant autorisé des concours exceptionnels.

Voici pour la première partie de mon rapport.

Monsieur le Président : J'ai été très intéressé par la lecture de ce dossier ; je connaissais déjà la difficulté de certaines juridictions et la pénurie de personnel. Il faut donc trouver une solution.

La question qui peut se poser, que le premier avocat général a traité magnifiquement, est de savoir pourquoi on n'utilise pas davantage les voies normales, c'est à dire les différents modes d'entrée à l'ENM.

D'autant que j'ai pu observer que le concours était très sévère et que restent sur le sol des candidats qui ont des qualités certaines et qui feraient peut être d'aussi bons magistrats que ceux que l'on va admettre par ces concours.

Sur le reste, sur les articles 1er à 5 tout a été dit ; il faut évidemment aborder les choses, comme le propose notre rapporteur, avec le souci d'enserrer le pouvoir réglementaire dans les limites que lui impose la Constitution. La discussion est donc ouverte.

Monsieur LANCELOT : Pendant les six ans où j'ai été au conseil d'administration de l'ENM j'ai été frappé par les difficultés pour l'EMM de recruter des candidats de bonne qualité.

Les étudiants des IEJ ne sont pas suffisamment attirés par le concours, ils sont davantage attirés par le barreau, et à mon avis c'est ce phénomène qu'il faudrait inverser. Le problème est de traiter la question du manque de magistrats en amont.

Monsieur ROBERT : Je vous suis dans la ligne que vous avez tracée. Il y a de façon générale un grand malthusianisme des corps ; le Conseil d'Etat lui même se lamente depuis des années sur le stock des affaires à juger alors que rien n'est fait pour changer les choses en matière de recrutement. Sur le concours de l'ENM, je tiens à dire que les étudiants préparent à la fois le barreau et l'ENM. Il est certain que les professions libérales attirent davantage, surtout par rapport aux revenus que l'on peut en tirer après quelques années d'exercice.

Comment se fait-il que le ministère de la justice n'arrive pas à organiser des concours normaux ? Cela dure depuis des années et régulièrement, devant le constat de manque de magistrats, une loi prévoyant un concours exceptionnel est préparée.

Brutalement, on fait rentrer 200 magistrats sur 2 ans ; c'est énorme !

Il y a une mauvaise gestion du ministère avec une véritable dérive. La qualité et l'indépendance doivent être recherchées avant tout ; et par ces concours, le résultat n'est pas acquis.

La qualité peut être démontrée, mais l'indépendance qu'en est-il ? Quand on prend des gens qui ont une expérience professionnelle ancienne dans des administrations hiérarchisées, où est la garantie d'indépendance ? C'est cela qu'il faut éviter.

Monsieur GUENA : Sur cette question de l'indépendance des magistrats, je tiens à dire qu'elle leur viendra de l'inamovibilité et de leur avancement à venir. Ils apprendront vite ce qu'est l'indépendance. Je ne m'inquiète pas !

Monsieur AMELLER : Je suis très heureux de donner un avis globalement positif sur le magistral rapport que je viens d'entendre. Mais, je ne peux, pour le principe, m'empêcher d'émettre des réserves sur les réserves ; vous le savez, je suis hostile au système des réserves, et ici elles sont nombreuses.

Monsieur ABADIE : Je partage comme vous tous le regret de voir que les voies normales de recrutement ne sont pas utilisées mais il ne faut pas oublier que l'exigence constitutionnelle de l'égalité avant la justice n'est pas respectée quand il faut attendre quatre ans pour que son affaire soit jugée. Il est donc important de recruter des magistrats.

Je salue le souci du Premier du respect absolu des exigences constitutionnelles. Néanmoins, il ne faut pas aller trop loin dans le « corset » que l'on doit mettre au législateur. Il ne faut tenir la main ni du législateur ni au pouvoir réglementaire. Je reviendrai sur les réserves plus tard.

Monsieur LANCELOT : Deux questions sont en cause. La première, c'est l'opportunité de recourir à des concours exceptionnels ; elle échappe à notre contrôle (c'est la gestion « en accordéon » du corps qui est regrettable mais qui ne peut pas amener d'autres observations). La seconde, c'est l'exigence de qualité dans le recrutement. Dilemme entre la professionnalisation et l'ouverture du corps.

Faut-il garantir absolument la professionnalisation au risque de n'avoir aucune ouverture vers l'extérieur ?

Il ne faut pas que l'ouverture balaie toute professionnalisation. En regardant le projet décret préparé par le gouvernement, il me semble qu'un point pose difficulté : c'est la composition du jury, je ne sais pas si nous pouvons avoir

une réserve sur ce point mais il serait important que le nombre de magistrats soit limité dans le jury ; c'est là que se joue l'ouverture du corps.

Monsieur ABADIE : (*Considérant p. 5*), je m'interroge sur certains adverbes : « strict », « strictement », « vérifier effectivement », ils ne me paraissent pas utiles, et je propose leur suppression.

Monsieur le Président : Je m'interroge sur le dernier membre de phrase c'est à dire sur « l'égalité devant la justice ». Que vise-t-on par cette formule, l'égalité des justiciables ou celles des juges ?

Monsieur CABANNES : C'est le justiciable, bien sûr.

Monsieur GUENA : *En page 5 suggère un amendement : « nécessaires à l'exercice des fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire, le reste est sans changement ».*

*(Messieurs ABADIE, FAURE et AMELLER votent contre, Monsieur le Président, Messieurs CABANNES, GUENA, LANCELOT, ROBERT votent pour).*

*(La proposition est donc adoptée).*

Monsieur ABADIE : Je souhaiterais que soit supprimée la notion de « aptitude à juger », en page 5. De façon générale, le dernier considérant me paraît inutile, le premier suffit.

Monsieur LANCELOT : Je ne suis pas de l'avis du préfet ABADIE. Les capacités, c'est la déclaration de 1789 et c'est bien notre rôle que de détailler ce que doivent être les capacités ; elles doivent être différentes selon qu'il s'agit du premier degré ou du second, s'agissant de personnes qui n'ont pas d'exercice judiciaire.

Ce sont des principes qui peuvent être interprétés de façon trop différente. Il faut donc les expliciter.

Monsieur le Président : Ce sont des choses différentes que l'aptitude à juger et les connaissances juridiques.

Monsieur FAURE : Nous sommes dans la rédaction du décret ! Nous allons trop loin.

Monsieur le Secrétaire général : Nous sommes ici au second degré de juridiction et il est essentiel d'insister sur les exigences tenant à la capacité et à l'aptitude à juger.

Le considérant qui précède est un considérant « chapeau » qu'il faut laisser.

*(Il est mis au vote sur la proposition de suppression du dernier considérant de la page 5).*

*(Messieurs FAURE, ABADIE, AMELLER et GUENA votent pour la suppression du considérant. Monsieur le Président DUMAS, Messieurs ROBERT, GUENA, CABANNES votent pour le maintien).*

*(La voix du Président étant prépondérante, le considérant est maintenu).*

*(Vote sur les articles 1er à 5 : le projet tel qu'amendé est adopté à l'unanimité).*

Monsieur CABANNES :

**1°) Sur l'article 6 :**

L'article 6 modifie l'article 3 de la loi organique du 19 janvier 1995 ayant institué le recrutement de conseillers de cour d'appel en service extraordinaire.

**Il résulte de ces dispositions un assouplissement très net des conditions de recrutement : le recrutement autorisé passe de 30 à 50 conseillers, étant rappelé que l'ensemble des recrutements doit intervenir avant le 1er décembre 1999 ; est désormais autorisé le recrutement au second groupe du premier grade, soit de conseillers des cours d'appel de Paris et de Versailles, et non plus seulement au premier groupe dudit grade ; la durée d'exercice des fonctions passe de 5 ans à 10 ans ; le caractère probatoire de la formation est supprimée.**

Il convient d'examiner la conformité à la Constitution de ces dispositions au regard de la jurisprudence déjà dégagée par le Conseil constitutionnel à propos de l'exercice à titre temporaire des fonctions de magistrat.

**La décision du 21 février 1992 déjà citée a posé les principes suivants :**

**- 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 ;**

**- 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 une carrière judiciaire ;**

**- cette possibilité est subordonnée à l'existence de garanties appropriées permettant de satisfaire au principe d'indépendance qui est indissociable des fonctions judiciaires.**

**Il résulte ainsi de la décision de 1992 que le Conseil accepte cette catégorie de magistrats à condition qu'ils soient soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats, sous la seule réserve des dispositions spécifiques qu'impose l'exercice à titre temporaire de leurs fonctions.**

**Les règles ainsi dégagées à propos, notamment, du recrutement de conseillers à la Cour de cassation ont été rappelées par le Conseil dans la décision n°94-355 DC du 10 janvier 1995 à propos du recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire.**

**La première question qui se pose est celle des critères du recrutement au premier groupe ou au second groupe du premier grade : les conditions d'ancienneté dans l'exercice d'activités professionnelles antérieures étant les mêmes, l'âge requis étant le même, il y a manifestement difficulté dans la mesure où il est renvoyé à un choix discrétionnaire de l'autorité de nomination.**

**Aussi, je propose une réserve d'interprétation exigeant du pouvoir réglementaire qu'il fixe les règles selon lesquelles la commission d'avancement se prononcera, ce afin d'assurer l'objectivité qui doit présider aux règles de nomination ; c'est bien entendu le mérite qui devra être le critère déterminant du choix.**

**En second lieu, il convient de souligner que parmi les conditions que le Conseil, dans la décision précitée, avait relevées comme permettant d'admettre l'exercice à titre temporaire des fonctions de magistrat, certaines ont aujourd'hui disparu.**

**Il en est ainsi : - de la limitation du nombre de conseillers à 30, qui était considérée par le Conseil comme traduisant le "caractère exceptionnel de**

**l'exercice de fonctions judiciaires par des personnes autres que des magistrats de carrière" ;**

**- de la limitation de la durée des fonctions à 5 ans ;**

**- de la possibilité donnée à la commission d'avancement de subordonner la nomination à une formation complémentaire du magistrat.**

**Je me suis, là encore, longuement interrogé ; en effet, cette possibilité donnée à la commission d'avancement de soumettre les candidats à un stage probatoire était une garantie importante s'agissant de la vérification de l'aptitude au regard des exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; pour votre information, en 1997, la commission a soumis au stage probatoire 5 fonctionnaires et 4 cadres du secteur privé, dont nous est-il dit par le gouvernement, 2 auraient renoncé pour des raisons professionnelles.**

Il nous est indiqué, pour justifier cette modification des modalités du recrutement, que le stage probatoire serait dissuasif et partant aurait effectivement découragé des candidats provenant du secteur privé. C'est là une vision de pure opportunité sur laquelle je ne me prononcerai pas.

**Sous l'angle des principes constitutionnels, il m'a semblé que les modifications en question ne portaient pas atteinte aux principes susanalysés, eu égard en particulier au fait que le nombre de ces magistrats restera limité, rapporté aux 576 emplois de conseillers de cour d'appel. Par ailleurs, la commission d'avancement peut décider de soumettre la personne nommée à l'accomplissement d'une période de formation préalable à l'installation dans ses fonctions.**

Je me suis également interrogé sur le point suivant : les personnes pouvant être recrutées comme conseiller de cour d'appel en service extraordinaire doivent être âgées de 50 ans au moins et de 60 ans au plus ; dès lors la durée d'exercice de fonctions de 10 ans va permettre à certaines d'entre elles de rester en place jusqu'à l'âge de 70 ans, alors que la limite d'âge est en principe de 65 ans pour les magistrats (elle est toutefois de 68 ans pour le premier président de la Cour de cassation et le procureur général près cette Cour).

D'un point de vue constitutionnel, cette disposition ne me paraît toutefois pas poser problème dans la mesure où les conseillers de cour d'appel en service extraordinaire ne font pas carrière et où cette différence de traitement ne génère donc pas une rupture d'égalité qui serait inconstitutionnelle ; par ailleurs, le

Conseil a déjà admis une situation analogue s'agissant des magistrats exerçant à titre temporaire, qui peuvent exercer jusqu'à l'âge de 72 ans.

**2°) Sur l'article 7 :**

Il résulte des dispositions de cet article que les dispositions du II de l'article 6, relatives à la durée des fonctions, sont applicables d'une part aux candidats ayant déjà fait l'objet d'un avis d'admission de la commission d'avancement à la date d'entrée en vigueur de la loi et aux conseillers de cour d'appel en service extraordinaire nommés avant cette date.

Ces dispositions me paraissent conformes à la Constitution.

**3°) Article 8 :**

Cet article résulte d'un amendement sénatorial et a pour objet de supprimer le stage probatoire pour les magistrats exerçant à titre temporaire les fonctions de juge d'instance, d'assesseur dans les formations collégiales des tribunaux de grande instance, nommés pour une période de 7ans.

Cette suppression du stage probatoire n'appelle pas de ma part d'autres observations que celles que je viens de faire ; ma conclusion sera donc la même quant à sa constitutionnalité.

**4°) Article 9 :**

Le dernier article, qui renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les modalités d'application de la loi, n'appelle aucune remarque particulière, si ce n'est qu'il est conforme à la Constitution sous les réserves susénoncées.

Pour conclure, je tiens à souligner que les problèmes réels posés par ce texte m'ont conduit, dans la rédaction du projet de décision qui vous est soumis, à rappeler avec force les principes applicables au recrutement et à la nomination des magistrats, dont le statut, de nature organique, doit assurer toutes les garanties constitutionnelles ; d'autre part, à encadrer l'intervention du pouvoir réglementaire dans des limites strictement définies.

*(Applaudissements).*

Monsieur le Président : Ces applaudissements remercient notre rapporteur qui a su magnifier cette loi aride. C'est votre dernier rapport, et peut être avez-vous voulu marquer particulièrement de votre empreinte cette décision.

*(Lecture de la suite du projet).*

Monsieur ABADIE : (Pages 7 et 8), s'agit-il exactement de la reprise d'un précédent du Conseil constitutionnel ? Si ce n'est pas le cas je souhaiterai que l'on revienne sur la rédaction qui va très loin ; il faut s'en tenir à la Constitution.

Monsieur le Secrétaire général : C'est exactement le considérant de la décision de 1992.

Monsieur LANCELOT : Pour ma part et en toute hypothèse, je suis en opposition avec le Préfet ; il importe bien de préciser le contenu des exigences constitutionnelles ; c'est notre rôle de le faire.

Monsieur AMELLER : Pourquoi mentionner qu'il y a actuellement trente magistrats recrutés, comme conseillers de cour d'appel en service extraordinaire, en soulignant ainsi l'augmentation de leur nombre, puisqu'ils vont dorénavant être cinquante ? Cela n'est pas utile et traduit une défiance à l'égard du législateur.

Monsieur CABANNES : J'y tiens absolument ! Si on ne met rien sur le nombre de magistrats ainsi recrutés, c'est la porte ouverte à tout !

Monsieur le Secrétaire général : Il faut bien faire apparaître les modifications, puisque c'est sur elles que va porter le contrôle de constitutionnalité ; c'est dans la suite logique du 1er considérant concernant ces articles.

*(Applaudissements et remerciements faits à M. CABANNES pour son dernier rapport).*

*(Le projet est adopté à l'unanimité).*

*(La séance est levée à 12 h 15).*