



LA COLLÉGIALITÉ DES JURIDICTIONS : UN PRINCIPE EN VOIE DE DISPARITION ?

[Marie-Anne Cohendet](#)

Presses Universitaires de France | « [Revue française de droit constitutionnel](#) »

2006/4 n° 68 | pages 713 à 735

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130556114

DOI 10.3917/rfdc.068.0713

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2006-4-page-713.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ?

MARIE-ANNE COHENDET

« Le magistrat unique (...) ne peut avoir lieu
que dans un Gouvernement despotique ».

(Montesquieu, « De l'esprit des lois »,
Livre VI, chapitre VII).

Pas à pas, petit à petit, par touches successives, lentement mais sûrement, discrètement voire subrepticement, le principe de collégialité des juridictions se fait grignoter, écorner, rédimer... au point que son existence même est aujourd'hui menacée. Chaque réforme ne semble enlever qu'une petite pierre à l'édifice. Dès lors, il ne semble guère utile de s'indigner de la disparition de tel pan de l'édifice puisque tant d'autres ont déjà été progressivement démolis. Les premiers coups de boutoir provoquent quelques réactions. En 1975, l'extension du juge unique pour certaines juridictions judiciaires avait suscité les foudres du Conseil constitutionnel et des levers de boucliers dans la doctrine¹. Mais, tout doucement, on s'habitue, on se résigne, on se soumet. En 1995, lors d'une extension du juge unique dans les juridictions judiciaires et de son arrivée en force dans les juridictions administratives (où l'on parle pudiquement de « juge statuant seul »)², le silence est presque assourdissant. Les contraintes budgétaires sont là, on doit nécessairement les reconnaître. Il faut bien faire face à l'accroissement majeur des flux contentieux. De bonnes économies valent bien la peine de sacrifier quelques vieux principes.

Marie-Anne Cohendet, professeur de droit public à l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne.

1. Cf. Thierry Renoux, cette Revue, n° 22, p. 407, octobre 1995.

2. Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, v. D. Chabanol, Commentaire à l'AJDA, 1995, chron. p. 388.

Revue française de Droit constitutionnel, 68, 2006

Le principe de collégialité, c'est-à-dire de la prise de décision à l'issue d'une délibération dans un organisme composé d'au moins trois personnes, est ancien. Mais on peut s'interroger sur la nécessité de le conserver. Le fait qu'il s'agisse d'une constante de notre tradition démocratique ne semble pas justifier son maintien. Et cela même si, à quelques exceptions près, il a toujours été respecté y compris devant les juridictions administratives lorsqu'elles étaient encore très dépendantes de l'exécutif³. Depuis une vingtaine d'années surtout, le juge unique se développe progressivement devant tous les ordres de juridictions⁴. Bien sûr, dans certains contentieux, on a dû faire marche arrière, devant les conséquences fâcheuses de cette solution⁵. Sans doute l'affaire d'Outreau vient-elle de démontrer de manière éclatante les errements auxquels pouvait conduire le renoncement au principe de collégialité. Sans doute, les parlementaires ont-ils, justement à propos de cette affaire, exprimé très énergiquement leurs critiques contre l'institution du juge unique et leur souhait d'un retour à la collégialité pour certaines décisions. Mais cela ne semble pas justifier que l'on renonce à développer le juge unique. Sur-tout, doit-on admettre que le Parlement, qui exprime la volonté générale par la loi, se permette de déranger le Gouvernement, qui préfère délimiter lui-même ses propres compétences ?

Dans d'autres pays, si le principe reste la collégialité pour les affaires importantes et l'appel, on se satisfait bien d'un juge unique en première instance, comme en Grande-Bretagne, ou aux Etats-Unis. Sans doute, nos traditions juridiques sont-elles très différentes, notamment en ce que les juges de ces pays sont beaucoup plus liés par la règle du précédent que ne le sont nos magistrats, et en ce que depuis des siècles les juges y sont, pour d'autres raisons, beaucoup plus indépendants du pouvoir politique que chez nous⁶. Bien sûr, une partie non négligeable des réflexions doctrinales aux Etats-Unis est-elle consacrée à la « théorie du petit déjeuner » par laquelle on souligne l'importante de l'humeur du juge – dépendant notamment de la qualité de son petit déjeuner – sur la solution qu'il apportera au litige, dès lors que cette humeur n'est pas modérée par celle d'autres juges⁷. Mais on peut tout de même faire une place

3. Depuis l'arrêt Cadot du 13 décembre 1889. Cf. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 53, 10^e éd. 2002, p. 55.

4. Cf. S. Guinchard et alii, *Droit processuel*, Dalloz, n° 339.

5. Ainsi, la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 a-t-elle marqué un coup d'arrêt au recours au juge unique, *ibidem*.

6. Cf. Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*. Pour R. Chapus « notre tradition juridique (et au contraire de celle, notamment, de l'Angleterre), est appréciée avec raison comme l'emportant largement sur ce que sont les mérites attribués au juge unique : meilleure conscience, meilleure économie de moyens, meilleures chances de règlement rapide des affaires », *op. cit.*, n° 53.

7. Voir en ce sens les développements de la théorie de la sociological jurisprudence et les travaux de critical legal studies de Duncan Kennedy, Harvard Law School.

plus importante à l'humeur du juge dans l'issue des litiges si cela permet d'avoir une justice plus rapide et économique.

Une nouvelle étape majeure risque bientôt d'être franchie dans cette évolution, qui mérite une réaction.

Alors que la loi relative à l'immigration est muette sur les formations de jugement appelées à se prononcer sur les contentieux qu'elle fera naître, en dehors des cas visés par les articles 57 et 58 où il est expressément prévu l'intervention d'un juge unique, le principe de collégialité devrait s'appliquer automatiquement. Seulement, il se trouve qu'au moment même où cette loi était débattue – et ce n'est évidemment pas un hasard – les syndicats des magistrats administratifs ont eu connaissance d'un projet de décret non encore formalisé officiellement, selon lequel le Gouvernement envisageait de fixer par décret en Conseil d'État la liste des contentieux qui relèveront d'un juge unique : le contentieux des étrangers, des demandeurs d'emploi, des demandeurs d'aide au logement, des personnes handicapés, des élèves de l'enseignement primaire et secondaire... les « contentieux de masse », « petits contentieux »⁸. De sorte que 85 à 90 % des décisions prises par les tribunaux administratifs le seraient par un juge unique. C'est donc le juge unique qui deviendrait la règle, et la collégialité l'exception. Depuis lors, ce projet de décret semble avoir été au moins provisoirement écarté, du fait de la levée de boucliers qu'il a suscité chez les juristes. Cependant, on peut craindre que le Gouvernement ne souhaite à nouveau étendre le recours au juge unique, soit en reprenant ce projet de décret, soit en passant par la voie législative.

Il s'agit donc de savoir qui, du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire, est compétent pour déterminer les exceptions au principe de collégialité.

Dans sa décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, loi relative à l'immigration et à l'intégration, le Conseil constitutionnel a bien veillé à ce que le principe de collégialité, reconnu par les articles L. 3 et L. 222-1 du Code de justice administrative, ne soit pas remis en cause⁹. S'il avait considéré que la compétence pour définir les exceptions au principe de collégialité défini par la loi appartenait au pouvoir réglementaire et non pas au pouvoir législatif, il aurait pu déclasser¹⁰ l'article 57 de la loi sur

8. Un avant-projet de décret a été remis aux syndicats des juridictions administratives le 7 juillet 2005, pour présenter les réflexions définitives du groupe de travail sur le juge unique, mis en place par le Conseil d'État. Il vise à réformer l'article R 222-13 du Code des juridictions administratives sur le juge unique de première instance. En avril 2006, ces syndicats ont appris que ce projet de décret a été officiellement adressé par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, au Conseil d'État, en vue de son examen par le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Cette consultation n'a toujours pas eu lieu à ce jour. Il n'est donc, pas possible pour l'instant de disposer d'une version officielle de ce texte.

9. Cf. notre « tribune » à l'AJDA du 31 juillet 2006, p. 1465.

10. Il a déjà procédé à un tel déclassement en particulier dans sa décision n° 2005-512 DC.

l'immigration qui contient une telle exception¹¹. On peut regretter que le Conseil n'ait pas sanctionné cette exception au principe de collégialité, d'autant plus que le contentieux des étrangers est très sensible en matière de libertés, et particulièrement susceptible de donner lieu à des pressions politiques sur les juges, aujourd'hui ou dans l'avenir. Cependant, il faut admettre qu'en ne déclassant pas cet article, le Conseil constitutionnel a reconnu la compétence du législateur pour définir les exceptions au principe de collégialité. Ainsi, le fait que le Conseil ait veillé d'une part à ce que l'existence même du principe de collégialité ne soit pas remise en cause par le législateur et d'autre part à ce que le législateur définisse lui-même les exceptions à ce principe, montre toute l'importance de ce principe pour le Conseil et consacre la compétence du législateur.

Cette décision confirme que l'extension du recours au juge unique ne peut se faire que par la voie législative, et sous le contrôle du juge constitutionnel.

Il s'agira donc ici d'expliquer pourquoi cette compétence s'impose, et donc en quoi un décret gouvernemental développant le recours au juge unique serait illégal. Cependant, si le Gouvernement reprenait le contenu de ce décret sous forme de projet de loi, le Conseil constitutionnel pourrait-il, devrait-il le contrôler, sur quels fondements et dans quelle mesure ?

Il faut bien voir que la réforme qui a été envisagée par le Gouvernement constituerait une étape décisive dans la généralisation du juge unique. En effet, jusqu'à présent, même si le nombre de décisions prises par un juge unique est déjà important, il s'agit le plus souvent, en dehors du contentieux des étrangers surtout depuis la loi du 24 juillet 2006¹², de mesures dont il n'est pas nécessairement contestable qu'elles soient confiées à un seul juge, à savoir les mesures d'urgence, les décisions de clore une instance sans intervenir sur le fond, ou enfin pour des litiges ne touchant pas aux libertés fondamentales, dont l'enjeu est faible et la solution facile (mais la liste fixée pour définir cette dernière catégorie est déjà discutable¹³). La réforme envisagée est donc d'une toute

11. L'article 57 de la loi sur l'immigration prévoit que les recours contre les refus de séjour assortis d'une obligation de quitter le territoire français mentionnant le pays de destination sont formés devant le tribunal administratif, sauf quand l'étranger est placé en rétention, auquel cas le recours est présenté devant le président du tribunal et jugé par un juge unique.

12. Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JO du 25.

13. Avant la loi du 24 juillet 2006 sur l'immigration, les deux tiers des décisions rendues par les TA l'étaient déjà par des juges uniques. Rappelons que cette loi réaffirme le principe de collégialité et prévoit essentiellement le recours au juge unique lorsque l'étranger est placé en rétention (cf. supra). Cependant, le syndicat de la juridiction administrative souligne que si cette situation est préoccupante, elle ne constitue pas encore une véritable

autre ampleur. Ce sont des catégories entières de contentieux qui seraient ainsi privées de la garantie fondamentale que constitue la collégialité.

Nous allons constater qu'un décret développant le recours au juge unique serait illégal, même si, par un procédé particulièrement tortueux, le Gouvernement a prétendu s'octroyer les compétences du législateur, et même celles du Conseil constitutionnel. Ce sont les règles constitutionnelles qui vont déterminer, pour l'essentiel, la solution de ce problème. Elle dépend en effet du fait de savoir quelle est la valeur du principe de collégialité, quelle est l'autorité compétente, du législateur ou du pouvoir réglementaire, pour adopter ces exceptions au principe de collégialité, et quels sont les principes dont le respect va s'imposer à cette autorité. Pour autant, cette question déborde très largement le cadre du seul droit constitutionnel car elle concerne fondamentalement tous les juristes. Il s'agit d'une nouvelle étape, majeure, dans le processus beaucoup plus vaste de soumission du service public de la justice aux contraintes économiques.

On peut se demander si la généralisation du juge unique serait suffisante pour faire les économies qui s'imposent. On vante le juge unique pour sa rapidité, son efficacité et son faible coût. Alors il va probablement être généralisé encore. On pourrait prévoir plus largement la suppression de la collégialité dans tous les contentieux, devant les juridictions judiciaires et administratives, non seulement en première instance, mais aussi en appel, voire en cassation. Une Cour de cassation, un Conseil d'État ou Conseil constitutionnel composé d'un seul membre ou pour le moins statuant toujours à juge unique seraient évidemment plus rapides, plus efficaces, plus économiques. Au-delà même des juridictions, la quête de l'efficacité et du moindre coût devraient sans doute nous inciter à remettre en cause la collégialité devant toutes les instances, depuis les jurys d'examen jusqu'au Parlement, en passant notam-

remise en cause de ce principe. « Le champ d'intervention du juge unique ne recouvre actuellement que trois séries d'hypothèses, les deux premières n'ayant jamais été critiquées par le SIA :

- en cas d'urgence, pour prendre des mesures conservatoires, provisoires ou d'instruction ; il est vrai que l'effectivité d'un dispositif de référés suppose la possibilité d'intervention d'un juge unique (qui doit cependant savoir renvoyer les affaires délicates en formation collégiale...) ;
- pour clore une instance sans intervenir sur le fond du litige ; en cas d'incompétence de la juridiction saisie, désistement, non lieu ou irrecevabilité manifeste ;
- lorsque l'enjeu du litige est faible, ne touche pas aux droits et libertés fondamentales, et que la solution à adopter se définit aisément. La liste actuelle est en discussion car toutes les rubriques ne correspondent pas à des litiges simples, par ex. : en matière de contentieux de la fonction publique ou de pensions.

Il est utile d'ajouter que le fait que le contentieux des reconduites à la frontière soit jugé par un juge unique ne constitue pas une véritable exception conceptuelle au principe de la collégialité, puisque la mesure de reconduite est le plus souvent la simple conséquence, on pourrait dire l'accessoire, d'un refus de titre de séjour, dont la légalité demeure en l'état du droit positif appréciée par une formation collégiale » : revue « par ces motifs... », avril 2006.

ment par les autorités administratives indépendantes. Avec une Assemblée nationale et un Sénat composés d'un seul membre, ou dans lesquels chaque parlementaire adopterait seul une loi, on ne perdrait pas de temps en vains débats.

On le voit aisément, la généralisation du juge unique pose deux questions qui sont ici très liées. La collégialité est-elle un principe fondamental dans une démocratie, en particulier devant les juridictions ? Jusqu'à quel point le juge constitutionnel doit-il rester muet devant la remise en cause des principes qui conditionnent le droit de chacun à un recours devant un tribunal indépendant et impartial ?

Le projet de décret qui avait été envisagé par le Gouvernement pour développer le recours au juge unique a suscité l'indignation de nombreux juristes¹⁴. L'ampleur de cette réaction est à la hauteur de l'enjeu. Si l'indignation de l'ensemble des acteurs juridiques est aussi grande, au-delà des clivages droit privé-droit public, magistrats-avocats, juges-justiciables, praticiens-théoriciens, c'est parce que chacun d'eux perçoit bien les dangers que représente la remise en cause du principe de collégialité. Notre objet n'est pas ici d'apprécier les aspects politiques de la question, le gouvernement devant assumer ses responsabilités devant le Parlement et les parlementaires devant répondre de leurs actes devant les citoyens. Il s'agit de voir quels sont les problèmes juridiques majeurs posés par la remise en cause du principe de collégialité.

Le principe de collégialité des juridictions, constant dans notre tradition démocratique, est le corollaire nécessaire de l'indépendance et de l'impartialité de la justice, principe de valeur constitutionnelle. Dès lors, le principe de la collégialité doit lui-même faire l'objet d'une protection de niveau constitutionnel (I). Or le législateur a non pas la faculté, mais le devoir de garantir l'indépendance de la justice. D'ores et déjà, le Parlement est seul compétent pour apporter des dérogations au principe de collégialité devant les juridictions. Mais si certaines dérogations à ce principe sont acceptables, elles doivent demeurer limitées et être dûment justifiées, de sorte qu'elles ne portent pas atteinte à la substance même de ce droit indissociable de l'indépendance de la justice (II).

14. Le 7 juin 2006, de manière assez exceptionnelle, les magistrats administratifs ont décidé de se mettre en grève pour protester contre la remise en cause du principe de collégialité qui résulterait de ce décret s'il était adopté. Non seulement cette grève a été largement suivie, et par des groupements aux sensibilités diverses, mais encore et surtout, elle a reçu le soutien très clair et énergique des barreaux, des syndicats d'avocats (en particulier du syndicat des avocats de France), des syndicats de magistrats judiciaires (depuis le syndicat de la magistrature jusqu'à l'USM), des syndicats représentatifs des agents des greffes, d'associations de handicapés notamment, de plusieurs universitaires...

I – LA COLLÉGIALITÉ DES JURIDICTIONS, PRINCIPE DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE ?

C'est parce que le principe de collégialité est le corollaire nécessaire de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux (A) qu'il doit être reconnu comme un principe de valeur constitutionnelle (B).

A – LA COLLÉGIALITÉ, GARANTIE DE L'INDÉPENDANCE ET DE L'IMPARTIALITÉ DES TRIBUNAUX

Parce qu'il était magistrat, Montesquieu était particulièrement conscient de la garantie essentielle que représente la collégialité pour l'indépendance et l'impartialité de la justice et donc pour la liberté politique. « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice »¹⁵.

La théorie de la séparation des pouvoirs est devenue et reste l'un des fondements essentiels de toute société démocratique et notamment de la constitution française : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution » (art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen). L'indépendance des magistrats étant une condition essentielle de la liberté politique, c'est également cet article qui fonde le droit pour chacun d'être entendu par un juge indépendant et impartial, par ailleurs réaffirmé dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Même s'il connaît quelques exceptions, le principe même de la collégialité est profondément et constamment inscrit dans notre tradition juridique. La proposition « juge unique, juge inique » n'est pas une vieille boutade dénuée de fondement mais un véritable adage du droit français¹⁶. La plupart des auteurs qui se penchent sur cette question rappellent avec force que la collégialité est une condition essentielle de l'indépendance des juges¹⁷. Dès lors, ils s'inquiètent de « la remise en question de l'indépendance des juges du fait de la disparition du principe de collégialité »¹⁸. Même si des mesures importantes ont été adoptées par ailleurs pour garantir l'indépendance des juridictions, il demeure qu'un juge unique est beaucoup plus exposé aux pressions plus ou moins

15. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre VI, chapitre VII.

16. Cf. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n° 178.

17. Cf. not. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 8^e éd., 2002, p. 493 et R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc.

18. Pierre Crocq, « Le droit à un tribunal impartial », dans R. Cabrillac et alii, op. préc., spéc. n° 535 et 546 (souligné par nous).

ouvertement politiques notamment que ne l'est un juge qui statue dans une formation collégiale. Le juge unique sait que des statistiques faites sur ses jugements peuvent conduire à penser qu'il est par exemple considéré comme étant pas assez ou « trop respectueux » des droits des justiciables et qu'il est donc très ou pas assez efficace pour donner toute son efficacité à la politique de tel gouvernement. Ce juge unique sait aussi que sa notation, l'évaluation qui sera faite de son travail et donc sa carrière peuvent, en réalité, être fondées sur ce type d'appréciation. Il sait enfin que des pressions peuvent être exercées sur lui. Ce type de pression est particulièrement envisageable et sensible en droit administratif, comme l'ont souligné les membres des juridictions administratives : « La collégialité est la meilleure garantie d'un procès plus impartial. La collégialité est seule en mesure d'éviter le risque de subjectivité inhérent au contentieux des étrangers. Un juge unique est exposé aux pressions notamment des préfets (elle s'exerce parfois nominativement) (...) »¹⁹.

La collégialité freine considérablement ce type de pressions. Elle protège le magistrat, contre lui-même, parce qu'elle le contraint à travailler de manière approfondie et impartiale sous le contrôle constant et avec l'aide des autres juges membres de la formation collégiale ; contre les pressions de ses collègues, qui pourraient être tentés d'orienter sa notation et l'évolution de sa carrière en fonction de critères qui manqueraient d'objectivité ; et contre les pressions plus ou moins occultes du législatif ou de l'exécutif. Pour R. Chapus, ce principe « s'impose tout particulièrement en matière de contentieux administratif, la collégialité étant pour les juges qui sont chargés de le régler une condition de leur indépendance dans leurs rapports avec le plus puissant et le plus constant de leurs justiciables, c'est-à-dire avec l'administration »²⁰. La collégialité est ainsi une condition essentielle de l'indépendance du juge, une garantie du droit du citoyen à un tribunal (et pas seulement à un juge) indépendant et impartial. Les principes de séparation des pouvoirs et de liberté politique ne seraient pas effectifs si le principe de collégialité n'était pas respecté.

L'impartialité du tribunal est aussi évidemment beaucoup mieux garantie par une formation collégiale que par un juge unique. Sans qu'il lui soit nécessaire de connaître les derniers développements de la théorie américaine de la « sociological jurisprudence », n'importe quel justiciable est parfaitement conscient du fait que la personnalité du juge, ses convictions, ses orientations personnelles peuvent influencer son jugement. Le principe d'égalité est donc en principe mieux respecté lorsque les justiciables bénéficient d'un véritable tribunal, c'est-à-dire en principe d'une instance collégiale, et non pas d'un juge unique.

19. Conférence de presse du syndicat de la juridiction administrative du 28 avril 2006.

20. Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 10^e éd., 2002, p. 54, n° 53 (souligné par nous).

La collégialité incite à la modération, elle contraint chaque juge à davantage de neutralité, d'objectivité. Elle renforce non seulement l'indépendance et l'impartialité du tribunal, mais encore l'apparence de cette objectivité, dont la Cour européenne des droits de l'homme a souligné toute l'importance pour que soit respecté l'article 6-1 de la Convention EDH. Le sentiment de confiance en la justice, tellement important dans une démocratie, est nettement plus grand lorsque les droits du justiciable sont garantis par un véritable tribunal que lorsqu'il est confronté à un juge unique – quelles que soient par ailleurs les qualités de ce juge. « C'est (...) lorsqu'un droit fondamental sera bafoué, parfois par les plus hautes autorités de l'État, que l'on aspirera à trouver un juge pouvant et voulant leur tenir tête. C'est alors que le moindre doute sur son indépendance sera catastrophique (...) »²¹.

Plus profondément encore, ce qui est en jeu dans le choix entre le juge unique et une formation collégiale est la notion même de justice. Si la collégialité est inhérente à toute notre tradition juridique, c'est parce que, fondamentalement, nous considérons qu'une solution juste sera beaucoup mieux garantie par une délibération que par la décision d'un seul. Comme le reflète toute la pensée de Montesquieu, c'est par la délibération, la réflexion collective par la confrontation de points de vue contraires – idée qui est à la base du principe du contradictoire –, que l'on parvient le mieux à une solution aussi objective, raisonnable et équitable que possible. Kelsen l'a souligné, c'est encore cette idée qui est à la base de l'existence des parlements et de la garantie de la démocratie²². Jürgen Habermas a, lui aussi, démontré d'une manière générale toute l'importance de la délibération comme « concept procédural de démocratie »²³.

21. Jean Morange, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, Droit fondamental, n° 61 sur l'indépendance des juges.

22. Cf. « La démocratie, sa nature, sa valeur », trad. Ch. Eisenmann, présentation M. Troper, Economica, rééd. 1988 (la première édition date de 1920, et Kelsen a surtout retravaillé ce texte pour la seconde édition dans les années trente, lors de la montée du nazisme). Dans cet ouvrage, où il centre la notion de démocratie sur l'idée de liberté, il souligne notamment que, la démocratie directe étant impossible, « on ne saurait douter que le parlementarisme soit aujourd'hui la seule forme véritable de réalisation de l'idée démocratique » (p. 38). « Son essence objective... c'est la formation de la volonté étatique directrice par un organe collégial élu par le peuple sur la base du suffrage universel et égalitaire, c'est-à-dire démocratique et prenant ses décisions à la majorité » (p. 38). Il souligne aussi que « la volonté générale, si elle ne doit pas exprimer exclusivement l'intérêt d'un seul et unique groupe, ne peut être que la résultante de ces oppositions, un compromis entre intérêts opposés » (p. 34).

23. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Essais, 1997, spéc. p. 311 s. « La politique délibérative – un concept procédural de démocratie ».

B – POUR LA RECONNAISSANCE DE LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DE CE PRINCIPE

Nul doute que l'indépendance des magistrats soit une des conditions fondamentales de l'existence d'un État de droit²⁴.

Le fait que le Conseil constitutionnel n'ait pas eu, jusqu'à présent, l'occasion d'affirmer expressément que le principe de collégialité a pleine valeur constitutionnelle ne signifie nullement que ce principe n'a pas, ne doit pas avoir, cette valeur. Simplement, cette valeur n'a pas encore été reconnue par le Conseil constitutionnel. De la même manière que le principe de pluralisme résultait nécessairement des principes démocratiques de notre Constitution avant que le Conseil constitutionnel n'en eût assuré l'effectivité en le reconnaissant expressément²⁵. Ainsi, lorsque M. Chapus affirme que ce principe n'a pas valeur constitutionnelle du fait que le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 23 juillet 1975, laissé sans réponse un moyen tiré de la contrariété d'une loi à un « principe fondamental reconnu par les lois de la République » qui imposerait la collégialité, soit il entend seulement affirmer par là que cette valeur constitutionnelle n'a pas encore été reconnue, soit son raisonnement est hâtif. En effet, en l'espèce, il n'était pas nécessaire au juge constitutionnel de répondre à cet argument pour déclarer l'inconstitutionnalité de la disposition prévoyant la faculté de recourir à un juge unique car elle était contraire au principe d'égalité. Son absence de réponse à ce moyen est donc dépourvue de signification, et l'on ne saurait même en déduire que ce principe ne pourrait pas être consacré à l'avenir comme étant un principe fondamental reconnu par les lois de la République. En outre, les principes de valeur constitutionnelle ne sont pas uniquement les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le juge constitutionnel reconnaissant régulièrement la valeur constitutionnelle d'autres principes ou exigences de valeur constitutionnelle²⁶.

On peut aussi regretter que le Conseil constitutionnel n'ait pas saisi l'occasion qui lui était offerte d'affirmer expressément la pleine valeur constitutionnelle de ce principe dans sa décision du 20 juillet 2006. Néanmoins, on peut sans doute estimer qu'en veillant à ce que le législateur ne remette pas en cause ce principe il a pu implicitement reconnaître la valeur constitutionnelle de ce principe. Mais cela reste discutable et une reconnaissance plus claire serait préférable.

24. Ainsi Norberto Bobbio affirme que l'un des quatre mécanismes les plus importants pour garantir un État de droit est « une magistrature indépendante du pouvoir politique », dans *Libéralisme et démocratie*, éd. du Cerf, Paris, 1996, p. 24-25.

25. Sur les notions de validité et d'effectivité, cf. not. M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité et validité », *Mélanges P. Avril*, éd. Montchrestien, 2001, p. 201-234.

26. Sur l'ensemble de ces principes, cf. not. M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 3^e éd., 2006, n° 8-7 à 8-9.

Dans un autre domaine, le Conseil constitutionnel a fort justement souligné que la liberté d'expression ne serait pas effective si le pluralisme des courants d'expression n'était pas garanti, pluralisme qui a dès lors été consacré comme étant un objectif puis un principe de valeur constitutionnelle²⁷. Le même raisonnement doit être conduit à propos de la collégialité, qui est un des éléments indispensables à l'effectivité de l'indépendance de la justice et à la séparation des pouvoirs. Il doit donc être reconnu comme étant un principe de valeur constitutionnelle.

Le fondement textuel du principe de collégialité, corollaire nécessaire de l'indépendance de la justice, du droit de chacun à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial et indépendant, se trouve principalement dans :

- l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui affirme le principe de séparation des pouvoirs et dont il résulte le droit de chacun à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial, et

- les articles et les principes qui affirment l'indépendance de la justice : l'article 66 de la Constitution et le principe fondamental reconnu par les lois de la République de l'indépendance des juridictions administratives²⁸.

Ce fondement résulte en outre de la combinaison de cet article avec d'autres articles de la Constitution et avec les principes déjà dégagés par le Conseil constitutionnel :

- les articles qui consacrent le principe d'égalité (art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, articles 1 et 2 du corps de la Constitution)

- les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui réservent à la compétence du législateur la définition des règles et principes essentiels

27. Le pluralisme a d'abord été qualifié par le Conseil constitutionnel d'objectif de valeur constitutionnelle, dans sa décision n° 82-141 du 27 juil. 1982, explicitée par la décision confirmative du n° 86-217 DC du 8 sept. 1986, surtout au 11° considérant de cette dernière : « Considérant que le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; que le respect de ce pluralisme est une des conditions de la démocratie ; que la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle n'était pas à même de disposer (...) de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions, ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché » (souligné par nous). Une formulation presque identique est reprise dans la décision n° 2000-433 DC, mais l'ancrage de ce principe dans le texte constitutionnel (art. 11 DDHC) y est davantage souligné. Dans la décision du 28 août 2000, Laroutourou, le Conseil vérifie que n'a pas été violé « le principe de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants d'idées et d'opinions ».

28. Conseil constitutionnel, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980.

pour garantir l'indépendance de la justice, justement parce qu'il s'agit de principes essentiels (cf. infra).

La reconnaissance de la valeur constitutionnelle de ce principe ne ferait pas obstacle à ce que des limitations soient apportées à ce principe, mais elle permettrait de rappeler que le législateur est seul compétent pour définir les exceptions à ce principe, et de veiller à ce que les exceptions à cette règle ne se multiplient pas au point de la remettre en cause.

II – UN PRINCIPE AUQUEL LE LÉGISLATEUR PEUT SEUL APPORTER DES EXCEPTIONS LIMITÉES

Si le législateur est seul compétent, à l'exclusion du pouvoir réglementaire, pour apporter des exceptions au principe de collégialité, c'est justement parce qu'il s'agit d'une garantie essentielle de l'indépendance de la justice (A). Pour autant, dès lors qu'il s'agit d'un principe de valeur constitutionnelle, le législateur lui-même ne peut y apporter que des exceptions, il ne saurait le remettre en cause (B).

A – LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE DU LÉGISLATEUR POUR LIMITER CE PRINCIPE

Dans sa décision du 20 juillet 2006, le Conseil constitutionnel a soigneusement veillé à ce que la loi sur l'immigration ne remette pas en cause le principe de collégialité reconnu par les articles L. 3 et L. 222-1 du Code de justice administrative (ce sont les seuls articles de ce code expressément cités dans les visas de la décision). Il a ainsi confirmé la compétence exclusive du législateur pour apporter des dérogations au principe de collégialité.

Le principe de collégialité, qui reste le principe général malgré les exceptions qui lui sont apportées²⁹, occupe une place de premier rang notamment dans le code de justice administrative. C'est en effet, après l'affirmation selon laquelle « les jugements sont rendus au nom du peuple français », le premier principe affirmé dans ce code, au sein du titre préliminaire dont l'objet est justement de rappeler les principes qui s'appliquent devant toutes les juridictions administratives.

Les termes de l'article L.3 du Code de justice administrative sont limpides : « Les jugements sont rendus en formation collégiale, sauf s'il en est autrement disposé par la loi ».

29. Cf. S. Guinchard et alii, *Droit processuel*, Dalloz, n° 339.

L'article L. 122-1 de ce code prévoit donc que les formations de jugement du Conseil d'État sont fixées par la loi.

De même, l'article L. 222-1 de ce code précise que « Les jugements des Tribunaux administratifs et les arrêts des Cours administratives d'appel sont rendus par des formations collégiales, sous réserve des exceptions tenant à l'objet du litige ou à la nature des questions à juger (...) ».

Puisque cet article L. 222-1 ne précise pas expressément qu'il comporte une dérogation à l'article L. 3, le principe énoncé à l'article L. 3 s'applique nécessairement à l'article L. 222-1. Dès lors, seul le législateur est compétent pour préciser quelles sont les « exceptions tenant à l'objet du litige ou à la nature de la question à juger ». Toute solution en sens contraire doit être indéniablement écartée pour son illégalité.

Dans ces conditions, il est très choquant de voir que certaines dispositions du code de justice administrative consacrées aux exceptions au principe de collégialité figurent dans sa partie réglementaire. En effet, on a procédé à un véritable « tour de passe-passe » à l'occasion de la codification en 2000 en remplaçant, pour l'essentiel, la liste des attributions qui étaient auparavant définies dans les articles figurant dans la partie législative (L. 9 et L. 4-1) dans les articles figurant dans la partie réglementaire (articles R 222-1 et R 222-13)³⁰.

On s'est efforcé de justifier cet abus de pouvoir en prétendant que « c'est seulement en cas d'attribution de compétences exclusives à une formation de jugement particulière » que s'impose la compétence du législateur du fait que l'on touche aux éléments constitutifs de la catégorie de juridiction. « Or aucune des dispositions prévoyant l'intervention d'un juge unique (...) ne leur attribue un pouvoir exclusif » (quel hasard surprenant !). Il en résulterait que « la liste précise de ces exceptions relève de la partie réglementaire »³¹. La gymnastique intellectuelle à laquelle on se livre pour violer la loi et la Constitution est assez spectaculaire, mais le raisonnement n'en reste pas moins spécieux. On comprend bien qu'il soit de nature à convaincre ceux qui sont avant tout soucieux de préserver les pouvoirs du Conseil d'État et du Gouvernement pour organiser leurs juridictions sans être dérangés par les intrusions du pouvoir législatif. Mais la base du raisonnement est défaillante car on ne voit pas de raison valable à ce que la compétence du législateur soit réduite aux seules hypothèses dans lesquelles il y aurait « attribution de compétences exclusives à une formation de jugement particulière ». Dès lors qu'il doit y avoir un choix entre formation collégiale ou juge unique, c'est le législateur qui doit faire ce choix et sous le contrôle du

30. J. Arrighi de Casanova, « Commentaire de l'ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du Code de justice administrative ; Commentaire des décrets n° 2000-388 et 2000-389 du 4 mai 2000 relatifs à la partie réglementaire du Code de justice administrative », AJDA, 2000, chroniques p. 639 et s.

31. J. Arrighi de Casanova, art. préc.

Conseil constitutionnel, comme l'a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975. Et cela même si, comme nous le verrons plus bas, le Gouvernement a prétendu se rendre maître de la définition de ces exceptions à l'occasion de la codification par ordonnances.

Or le projet de décret qui a été envisagé par le Gouvernement visait justement à réformer l'article R 222-13 du Code des juridictions administratives sur le juge unique de première instance.

Ce décret serait manifestement illégal.

Tout simplement, d'abord, parce qu'il serait contraire aux articles L. 3 et L. 222-1 du Code de justice administrative qui prévoient on ne peut plus clairement la compétence exclusive du législateur pour déroger au principe général de collégialité. Un recours pour excès de pouvoirs devrait donc permettre d'en obtenir l'annulation.

Néanmoins, certains pourraient être enclins à considérer que la compétence exclusive du législateur établie par les articles L. 3 et L. 222-1 du Code de justice administrative est contestable, et que le principe de collégialité relèverait en réalité de la compétence du pouvoir réglementaire. Ainsi, « les autorités ministérielles soutiennent finalement que ce sujet ne serait pas législatif mais devrait être librement défini par décret au sein des juridictions administratives par le Conseil d'État »³². En principe, il résulte de l'article 37-2 de la Constitution que le pouvoir réglementaire ne peut modifier des dispositions de nature législative par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont valeur réglementaire. Il faudrait donc que le Conseil constitutionnel se prononce sur ce point, et nous constaterons qu'il devrait, suivant sa jurisprudence, protéger la compétence législative en rappelant que seul le législateur est compétent pour définir (et précisément) les dérogations au principe de collégialité. C'est ce qu'il a fait dans sa décision du 20 juillet 2006.

Cependant, le Gouvernement prétend être parvenu à s'arroger la compétence de définir ces exceptions, en confisquant donc la compétence du législateur, d'une manière particulièrement tortueuse, pour ne pas dire vicieuse, et en tout cas profondément choquante. Cette situation étant un peu complexe, il nous faut reprendre les différentes étapes du processus.

En 1999, le Parlement a habilité le Gouvernement à adopter le Code de justice administrative (parmi d'autres) par voie d'ordonnances. Certains parlementaires ont contesté cette loi d'habilitation au motif qu'elle portait atteinte aux compétences réservées aux parlementaires par l'article 34 de la Constitution. Dans sa décision sur cette saisine, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il n'y avait pas de violation de l'article 34 C. Il a notamment précisé que « (...) l'abrogation des dispositions

32. Rapport précité du syndicat de la juridiction administrative du 29 mai 2006, p. 60.

législatives antérieures à la codification et entrant dans le champ de cette dernière (...) devra résulter (...) du constat de leur caractère réglementaire »³³.

Mais qui va faire ce constat ? La Constitution réserve cette compétence au Conseil constitutionnel. Lui seul peut déclarer qu'une disposition législative a, matériellement, un caractère réglementaire et peut donc être modifiée par décret en Conseil d'État (art. 37-2).

Or voilà que, par un raisonnement particulièrement alambiqué, on a prétendu que, dans le cadre de l'adoption des ordonnances, c'est le Gouvernement lui-même qui procéderait à cette appréciation. C'est formidable, le Gouvernement pourrait ainsi définir lui-même ses propres compétences en s'octroyant celles du législateur et du Conseil constitutionnel ! On prétend en effet que la procédure prévue par l'article 37-2 ne serait « pas applicable lorsque c'est le législateur lui-même qui abroge de telles dispositions, ce qu'il peut faire pour toutes sortes de motifs, notamment s'il considère que la disposition en cause relève du domaine du règlement et estime préférable que le gouvernement la reprenne par décret. Rien ne s'oppose donc à ce qu'une telle abrogation soit le fait du pouvoir exécutif agissant en qualité de législateur délégué. Il appartient alors à l'ordonnance d'abroger les dispositions législatives qui doivent être codifiées, lesquelles sont ensuite reprises, si elles ne relèvent pas du domaine de la loi, dans les articles R annexés au décret adoptant la partie réglementaire »³⁴.

Ainsi, le Gouvernement pourrait s'octroyer d'abord la compétence du législateur. En effet, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, à l'expiration du délai d'habilitation, les ordonnances ne pourront plus être modifiées que par la loi dans les matières qui relèvent du domaine législatif³⁵. Ce rappel est parfaitement normal, puisque le législateur doit seulement approuver les mesures qui relèvent de son domaine. La ratification de l'ordonnance portant Code de la juridiction administrative a été faite par

33. cc, n° 99-421 DC, Loi portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes.

« Considérant, en premier lieu, que le domaine de l'habilitation, aux termes mêmes de l'article 38 de la Constitution, peut comprendre toute matière qui relève du domaine de la loi en application de son article 34 ; que le pouvoir de codifier des dispositions législatives appartient au législateur ; que l'abrogation des dispositions législatives antérieures à la codification et entrant dans le champ de cette dernière est inhérente à la codification elle-même et n'impose aucune prévision expresse dans la loi d'habilitation ; que cette abrogation devra résulter de la reprise des dispositions en cause dans le code, de la constatation qu'elles avaient été précédemment abrogées de façon implicite, de la constatation de leur contrariété à la Constitution ou aux engagements internationaux de la France, ou bien du constat de leur caractère réglementaire ;

(...) Considérant, (...) à l'expiration du délai d'habilitation, les ordonnances ne pourront plus être modifiées que par la loi dans les matières qui relèvent du domaine législatif (...) ».

34. J. Arrighi de Casanova, AJDA, 2000, p. 639 et s., préc., note 9, se référant au raisonnement adopté par J.-E. Schoettl dans sa chronique consacrée à la décision du Conseil constitutionnel n° 99-421 DC, AJDA, 2000, p. 31.

35. cc, n° 99-421 DC, Loi portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes.

l'article 31 de la loi du 2 juillet 2003. Comme il se doit, cet article vise seulement la partie législative du Code des juridictions administratives. Le problème est donc que le législateur s'est fait confisquer sa compétence pour définir les exceptions au principe de collégialité, sans être en mesure, à aucun moment, de protester contre cet abus de pouvoir du Gouvernement (puisque'il n'a pas pu ratifier la partie réglementaire de l'ordonnance qui a déplacé ces exceptions depuis la partie législative vers la partie réglementaire du code). On ne saurait donc prétendre que le législateur a accepté cette délégation de pouvoirs. Et même si le législateur avait pu expressément consentir à cet abandon de pouvoir, il n'en aurait pas eu le droit, car il est tenu – sauf à commettre une incompétence négative – d'exercer les pouvoirs qui sont attribués par le peuple en vertu de l'article 34 de la Constitution. Seul le Conseil constitutionnel est compétent, nous l'avons vu, pour vérifier qu'une disposition législative peut être modifiée par décret (art. 37-2).

Ainsi, le Gouvernement s'est également octroyé une compétence qui est réservée au Conseil constitutionnel par l'article 37-2 de la Constitution. Et le Conseil constitutionnel lui-même n'a pas été en mesure de protester contre cette confiscation de son pouvoir, puisque, lorsqu'il s'est prononcé sur la loi de ratification de l'ordonnance portant Code de justice administrative, il n'a pu le faire, comme le législateur, que sur la partie législative de ce code.

Et le tour est joué.

Ce type de procédé, qui n'est hélas certainement pas utilisé seulement dans le domaine qui nous occupe ici, doit être combattu avec la plus vive énergie.

On ne saurait prétendre que le Gouvernement a pu légalement s'octroyer ces pouvoirs et par conséquent la compétence de délimiter les exceptions au principe de collégialité. En effet, comme le rappelle le Conseil constitutionnel en 2003, « les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables (...) »³⁶.

On constate donc que le caractère prétendument réglementaire de la liste des exceptions au principe de collégialité a été affirmé de manière

36. Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit :

« 10. Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables (...) » ; et considérant n° 24 (rappelons que dans cette décision le Conseil constitutionnel n'a pas pu se prononcer sur la partie réglementaire du code).

totalelement inconstitutionnelle. Comme on peut douter que le Conseil d'État (normalement compétent s'agissant d'un acte réglementaire) soit enclin à sanctionner cette illégalité qui lui permet largement de rester maître de l'organisation – collégiale ou à juge unique – des juridictions, c'est au législateur qu'il appartient d'intervenir pour formuler lui-même dans une loi la liste des exceptions qu'il entend apporter au principe de collégialité, de sorte que le Conseil constitutionnel pourra lui aussi exercer le contrôle dont il est responsable en vertu de la Constitution³⁷.

Or le Conseil constitutionnel veille, d'ores et déjà, à ce que le principe de collégialité soit protégé par la compétence exclusive du législateur. En effet, dans sa décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, il a sanctionné la faculté offerte au président du Tribunal de grande instance de décider de renvoyer certaines affaires à un juge unique ou à une formation collégiale, au motif qu'elle porterait atteinte au principe d'égalité (des citoyens se trouvant dans des conditions semblables pouvant être jugés par des juridictions différentes), mais aussi au motif que le législateur ne pouvait déléguer la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution à une autre autorité (en l'espèce le président du TGI). C'est pourquoi, lorsque le Conseil constitutionnel s'abstient de condamner le recours au juge unique dans sa décision du 2 février 1995, il faut bien voir que c'est parce que l'institution du juge unique est prévue par le législateur (et respecte, en outre, le principe d'égalité). Comme le souligne Thierry Renoux, dans la loi du 8 février 1995 soumise à l'examen du Conseil, il y a bien une extension des compétences du juge unique (en matière délictuelle et en procédure administrative contentieuse), mais « le choix de la formation à juge unique est désormais déterminé par la loi (et non plus par le juge lui-même) et cela pour des catégories d'instances prédéfinies. (...) Le législateur a tenu compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel fixée dès 1975 »³⁸. Dans sa décision du 20 juillet 2006, le Conseil constitutionnel a également souligné que la loi sur l'immigration ne remettait pas en cause le principe de collégialité.

Ainsi, on ne saurait déduire de ces décisions que le principe de collégialité ne peut être protégé par le juge constitutionnel. Ce dernier a, au contraire, veillé à ce que seul le législateur puisse y déroger, et en précisant l'étendue de ces dérogations.

La compétence exclusive du législateur pour apporter des dérogations au principe de collégialité est surtout fondée sur l'article 34 de la Constitution.

37. En effet en vertu de l'article 41 de la Constitution, si, au cours de la procédure, il apparaît qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi, le Gouvernement pourra opposer l'irrecevabilité et en cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel statuera dans un délai de 8 jours.

38. T. Renoux, commentaire de la décision n° 95-360 du 2 février 1995, cette *Revue*, n° 22, p. 407, octobre 1995.

En premier lieu, cet article prévoit la seule compétence du législateur pour fixer les règles relatives aux « (...) garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (...) ». On peut ici partager l'affirmation catégorique de René Chapus, « le droit d'agir en justice » se situe au nombre des libertés publiques³⁹. Ainsi, le droit pour chacun de voir sa cause entendue par un tribunal indépendant et impartial, qui résulte notamment de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, est bien une liberté fondamentale, et donc est indéniablement soit rangé parmi les libertés publiques, soit au moins aussi bien garanti que les libertés publiques⁴⁰. L'indépendance de la justice est, par excellence, une garantie fondamentale accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Le droit au recours est donc à la fois en lui-même une liberté publique et une garantie fondamentale pour le respect de l'ensemble des libertés publiques. Dès lors que le principe de collégialité est le corollaire de l'indépendance des tribunaux, il est par conséquent nécessairement protégé par la compétence exclusive du législateur⁴¹. Notons aussi que cette garantie fondamentale qu'est le droit au recours ne concerne pas exclusivement les citoyens au sens strict, mais toute personne, française, étrangère, ou apatride⁴².

Cette compétence peut en outre trouver un fondement dans d'autres alinéas de cet article.

L'article 34 de la Constitution confie aussi au seul législateur le soin de fixer les règles relatives à « la création de nouveaux ordres de juridiction » et au « statut des magistrats ».

Or il résulte de la jurisprudence, tant du Conseil constitutionnel que du Conseil d'État, que la notion de création de nouveaux ordres de juridiction doit être entendue de manière rigoureuse. Ainsi, une règle de compétence ou de procédure peut « affecter le fonctionnement d'une juridiction d'une façon telle qu'elle fait partie de ses éléments constitutifs. Dans ce cas, la jurisprudence considère qu'on touche aux règles concer-

39. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 193-194, 10^e éd., 2002, p. 160.

40. Certains auteurs estiment, comme P. Wachsmann (« Libertés publiques », *Dalloz*) que les libertés publiques englobent les droits fondamentaux mais correspondent à une catégorie plus large. D'autres distinguent entre droits fondamentaux et libertés publiques en se fondant sur un critère formel, les premiers ayant une garantie de niveau constitutionnel tandis que les secondes seraient seulement protégées par des normes de valeur infra-constitutionnelle, mais en toute hypothèse nul ne semble contester que les droits de valeur supra-législative doivent au moins être aussi bien protégés que les droits de valeur législative.

41. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs fondé une décision relative au statut des membres des juridictions administratives sur cet alinéa.

42. Parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République figurent les droits de la défense (Cons. const., décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976) dont le Conseil constitutionnel va appliquer les garanties à toute personne, française, étrangère ou apatride (93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*), et dont il va déduire un droit au recours, et notamment au respect du principe du contradictoire (86-214 DC).

nant sa création »⁴³. Seul le législateur est donc compétent pour déterminer « les caractéristiques essentielles de la catégorie en cause, ses missions, sa composition et le cadre général de son organisation »⁴⁴. Le pouvoir réglementaire pourra seulement prendre les mesures d'exécution nécessaires, mais il violerait le principe de légalité s'il prenait des dispositions qui ont un « caractère déterminant »⁴⁵. Dès lors, « il est certain qu'au nombre des règles constitutives figurent celles qui ont trait à la structure et à la composition des juridictions, ce qui inclut en principe la détermination des membres appelés à y siéger »⁴⁶. Donc le fait de savoir si cette formation est collégiale ou à juge unique relève bien de la seule compétence du législateur. « Dans la mesure où les règles d'organisation d'une juridiction sont déterminantes du type qui est le sien, elles ont le caractère de règles constitutives. C'est au législateur qu'il appartient de les édicter et de les modifier. Ont le caractère de règles constitutives celles dont résulte le caractère collégial ou non collégial d'une juridiction. Une loi serait nécessaire pour transformer les tribunaux administratifs en juridictions à juge unique. Et c'est effectivement par la loi (celle du 8 février 1995) que certains litiges relevant de ces tribunaux ont été attribués à un juge statuant seul. Et c'est actuellement une disposition législative (article L. 3) qui énonce que "les jugements sont rendus en formation collégiale, sauf s'il en est autrement disposé par la loi" »⁴⁷. De même, dans la décision du 20 juillet 2006, le juge constitutionnel n'a pas sanctionné le recours au juge unique pour certaines décisions urgentes, car cette exception ne remettait pas en cause le principe de collégialité et était prévue par le législateur lui-même.

On peut aussi invoquer le statut des magistrats dans la mesure où le principe de collégialité est une garantie essentielle de leur indépendance, même s'il peut connaître des exceptions. Pour les juridictions judiciaires, la qualification de magistrats fait l'unanimité, mais la question est plus discutée pour les membres des juridictions administratives. Alors même que le Conseil constitutionnel a clairement affirmé le principe d'indépendance des juridictions administratives⁴⁸ et après que le législateur ait lui-même affirmé que les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ont la qualité de « magis-

43. J. Arrighi de Casanova, « Commentaire de l'ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du Code de justice administrative ; Commentaire des décrets n° 2000-388 et 2000-389 du 4 mai 2000 relatifs à la partie réglementaire du Code de justice administrative », AJDA, 2000, Chroniques, p. 639 et s.

44. J. Arrighi de Casanova, *ibid.* Conseil constitutionnel : décision n° 61-14 L du 18 juillet 1961, et n° 77-99 L du 20 juillet 1977, Conseil d'État : CE, Ass. 13 décembre 1968, Assoc. syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne.

45. A. de Laubadère, AJDA, 1965, p. 102, cité par J. Arrighi de Casanova, *art. préc.*

46. J. Arrighi de Casanova, *art. préc.*

47. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 157, 10^e éd. 2002, p. 136.

48. Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *préc.*

trats »⁴⁹, on a observé des réticences à reconnaître cette qualité aux magistrats administratifs⁵⁰. Ces réticences sont assez surprenantes quand on sait avec quelle constance le Conseil constitutionnel rappelle qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur. Dès lors que l'appellation « magistrat administratif » a été choisie par le législateur et n'est pas contraire à la Constitution, on ne voit guère de raison valable à ce que les juges s'y opposent. Sauf à reconnaître qu'ils ne sont pas encore pleinement indépendants, par exemple du fait qu'ils peuvent être amenés à exercer des fonctions dans l'administration autres que juridictionnelles (avec leur consentement), ce qui peut les rendre plus sensibles à la volonté de plaire aux dirigeants afin d'obtenir ces fonctions. Mais alors, ne serait-il pas plus raisonnable d'assurer pleinement leur indépendance, afin de pouvoir les qualifier sans hésitation de magistrats ?

Le Conseil constitutionnel, lorsqu'il fut amené à se prononcer sur le caractère législatif ou réglementaire de certaines dispositions relatives au recrutement des magistrats administratifs, s'est fondé, pour justifier la compétence du législateur pour fixer ces règles, sur « les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires »⁵¹. De même, le Conseil d'État vient de réaffirmer que le régime de leur évaluation est seulement soumis aux exigences qui s'imposent pour les fonctionnaires⁵². Or il apparaît que le principe de collégialité est d'autant plus indispensable, justement, à l'indépendance des magistrats administratifs, qu'ils conservent un statut qui est avant tout qualifié par les juges de statut de fonctionnaires et qu'ils demeurent plus exposés que les magistrats judiciaires aux pressions du pouvoir exécutif. C'est parce qu'ils sont des fonctionnaires exerçant des fonctions de magistrats que leur indépendance peut être particulièrement menacée.

49. Loi n° 86-13 du 6 janvier 1986, intégrée dans le Code de justice administrative.

50. Le Conseil d'État a considéré, avant la décision du Conseil constitutionnel de 1980 relative à l'indépendance des juridictions administratives, que cet alinéa de l'article 34 ne concernait que les magistrats de carrière de l'ordre judiciaire (CE, 2 février 1962, Sieur Beausse). Cependant, cette jurisprudence aurait pu évoluer du fait des décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel a considéré que les règles relatives à des personnes qui exercent des fonctions de magistrats relèvent du domaine de la loi et même de la loi organique (n° 2003-466 DC du 20 février 2003 L, Loi organique relative aux juges de proximité). En ce sens, cf. R. Le Goff « Les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont-ils des magistrats ? » AJDA, 2003, chron. p. 1145. Le Code de justice administrative emploie très fréquemment le terme de « magistrat ». Cependant, le Conseil d'État a, au contraire, réaffirmé avec force que les juges des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont bien des fonctionnaires, soumis au statut de la fonction publique, en particulier pour leur notation et qu'ainsi les modalités de leur évaluation peuvent sans problème être prévues par un arrêté ministériel (CE, n° 275070, 25 janvier 2006, Monsieur Marc Antoine).

51. Décision n° 91-165 L, du 12 mars 1991. Il a souligné que la fixation des règles relatives à leur recrutement relève de la seule compétence du législateur, le pouvoir réglementaire n'étant compétent que pour la mise en œuvre de ces règles.

52. CE, n° 275070, 25 janvier 2006, Monsieur Marc Antoine.

Les fondements de la compétence législative peuvent aussi être trouvés dans la Constitution telle qu'elle a été interprétée par le Conseil constitutionnel, en particulier lorsqu'il a affirmé l'indépendance des juridictions administratives⁵³.

B – UN LÉGISLATEUR TENU D'EXERCER SA COMPÉTENCE ET DE RESPECTER CE PRINCIPE.

En l'état actuel de la jurisprudence, et même si le Conseil constitutionnel reconnaissait enfin expressément la valeur constitutionnelle du principe de collégialité des juridictions, cela ne ferait pas obstacle à ce que des exceptions soient apportées à ce principe. Il est d'ailleurs très probable que le juge constitutionnel admettrait la constitutionnalité de la plupart des exceptions déjà prévues à ce principe, comme il l'a déjà fait lorsqu'il s'est prononcé, en vérifiant que ces exceptions soient précisément prévues par la loi et qu'elles respectent les droits fondamentaux (notamment le principe d'égalité).

Ainsi, dès à présent, seul le législateur est compétent pour apporter des limitations au principe de collégialité. Tout comme l'avait fait le Conseil constitutionnel à propos de juridictions judiciaires, on peut considérer que le législateur est tenu d'exercer toute la compétence qui lui est conférée par l'article 34, et qu'il commettrait donc une incompétence négative en ne précisant pas lui-même quelles sont exactement les exceptions qu'il entend apporter au principe de collégialité et/ou en déléguant le pouvoir réglementaire ou des juges eux-mêmes⁵⁴. Si le Conseil constitutionnel a rejeté l'argument fondé sur l'incompétence négative du législateur dans sa décision du 20 juillet 2006, c'est justement parce qu'il a observé que la loi sur l'immigration ne remettait pas en cause le principe de collégialité.

Or puisque, aujourd'hui, la liste des exceptions au principe de collégialité a été placée, de manière inconstitutionnelle, dans la partie réglementaire du Code de justice administrative, il serait nécessaire que le législateur intervienne, comme on l'a vu, pour définir lui-même la liste des exceptions au principe de collégialité. En s'abstenant de le faire, il viole l'article 34 de la Constitution dès lors qu'il n'exerce pas toute sa compétence pour garantir les droits fondamentaux, comme la Constitution lui intime de le faire.

Le législateur peut prévoir des exceptions au principe de collégialité, cependant ces exceptions doivent non seulement être prévues par la loi,

53. Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, préc.

54. Décision n° 75-76 DC du 23 juillet 1975, préc.

mais encore être adaptées à l'objectif poursuivi, être justifiées dans une société démocratique, être suffisamment limitées pour ne pas porter atteinte à la substance du droit au recours, et ne pas porter d'atteinte disproportionnée aux droits et libertés fondamentaux. Pour l'essentiel, elles doivent donc être justifiées et limitées.

Les exceptions au principe de collégialité doivent être justifiées. Les critères de définition de ces exceptions doivent être pertinents et objectifs. Ainsi, des critères exclusivement financiers ou basés sur de simples notions quantitatives – comme la notion de « contentieux de masse » – pourraient, voire devraient être contestés.

Pour chaque catégorie de contentieux faisant l'objet d'une dérogation au principe de collégialité, il convient de vérifier si la portée des décisions est, ou non, majeure pour les justiciables et pour leurs droits. Le contentieux des petits n'est pas nécessairement un petit contentieux. Ainsi, dans le contentieux des étrangers, les décisions des juges peuvent avoir des conséquences graves en matière de libertés publiques et elles peuvent affecter profondément la vie des justiciables (et leur droit à une vie familiale normale, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme). De même, des décisions relatives à une allocation pour un demandeur d'emploi ou un handicapé pourront avoir des conséquences beaucoup plus importantes pour la vie et le droit à la dignité de ces justiciables que des décisions aux conséquences financières plus conséquentes mais qui concernent des personnes moins vulnérables.

On peut s'interroger sur l'objectivité des critères qui président à la définition des catégories de contentieux énumérées par le projet de décret susvisé. Comme l'ont souligné des magistrats et des avocats, ces contentieux concernent bien des droits et libertés fondamentaux (qu'il s'agisse des libertés publiques pour les étrangers surtout, ou, pour les autres catégories, des droits à l'aide sociale, fondés notamment sur le préambule de la Constitution de 1946, et qui sont des droits subjectifs de caractère patrimonial). Ce ne sont pas non plus des catégories dans lesquelles les questions de fait sont, d'une manière générale, dépourvues de toute subjectivité (c'est même souvent le contraire). Enfin, les droits en question ont une incidence majeure sur la vie des personnes concernées. Quel est donc le véritable critère qui a présidé à ce regroupement. Peut-être un critère quantitatif : « les contentieux de masse » ? Il n'est guère justifiable objectivement en droit.

Mais ne voit-on pas, surtout, apparaître une nouvelle catégorie juridique : les discriminations négatives. On entend par là que le seul véritable point commun entre ces catégories de personnes est qu'il s'agit de personnes particulièrement vulnérables (les étrangers, les handicapés, les chômeurs, les demandeurs d'aide au logement, les élèves de l'enseignement primaire et secondaire). En l'espèce, il s'agirait donc de réduire le droit au recours pour les personnes les plus défavorisées. Tandis qu'en

principe trois magistrats devaient se prononcer sur les recours intentés par les personnes qui n'ont pas de problèmes particuliers, les catégories de personnes les plus défavorisées ne pourraient s'adresser qu'à un juge unique. Il y a bien double discrimination, ou discrimination négative, puisque l'on identifie un groupe de personnes défavorisées en fait, et l'on réduit ses droits. Il n'est pas certain que l'adoption de telles catégories juridiques soit conforme au principe d'égalité, ni de nature à renforcer la confiance des citoyens en la justice.

En outre, ces exceptions doivent être suffisamment limitées pour ne pas porter atteinte à la substance de ce droit. Là encore, le décret qui a été envisagé par le Gouvernement pose problème, puisque nous avons constaté qu'il réduirait à 10 ou 15 % la proportion du contentieux traité par une formation collégiale devant les tribunaux administratifs, transformant ainsi la règle en exception. Cette généralisation porterait atteinte à la substance même de ce droit. La remise en cause du principe de collégialité au motif que la multiplication des contentieux et la nécessité de les régler dans un délai raisonnable générerait des contraintes budgétaires importantes serait, dans une société démocratique, une atteinte disproportionnée au droit de chacun d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial.

D'une manière plus générale, le juge constitutionnel pourrait sanctionner une loi nouvelle qui comporterait une régression telle dans la garantie de l'indépendance de la justice qu'elle porterait atteinte à la substance même de ce principe, en application de la jurisprudence dite de « l'effet cliquet » ou de « l'effet artichaut »⁵⁵. Car le législateur n'est pas libre de garantir le respect de la Constitution si tel est son bon plaisir. Il est tenu d'en assurer le respect. Il ne saurait donc supprimer des dispositions législatives qui garantissent le respect d'un droit sans les remplacer par des garanties équivalentes ou pour le moins qui préservent la substance même de ce droit.

On peut souhaiter que la mobilisation des juristes pour défendre le principe de collégialité contribuera à renforcer la protection de ce principe fondamental, notamment par le Conseil constitutionnel. Au-delà, il serait nécessaire qu'elle contribue à freiner le délitement de l'ensemble de la justice française au prétexte d'impératifs économiques.

55. Cf. M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., 2006, n° 9-4.