

Bertrand Louvel – Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace

14/06/2018



Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace :

"Propositions pour une réforme constitutionnelle de la justice" - Audition de Bertrand Louvel par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, de l'Assemblée nationale

Parmi les nombreuses dispositions du projet de loi constitutionnelle, deux articles seulement intéressent directement l'autorité judiciaire.

L'article 12 du projet de loi propose une révision de l'article 65 de la Constitution pour y inscrire le principe selon lequel les magistrats du parquet seront nommés sur avis conforme de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature, et non plus sur avis simple. En outre, la même formation statuera comme conseil de discipline des magistrats du parquet, comme pour ceux du siège.

L'article 13 propose une révision de l'article 68-1 de la Constitution, en supprimant la Cour de justice de la République et en prévoyant un nouveau régime de responsabilité pénale des ministres à raison des faits commis dans l'exercice de

leurs fonctions.

Ce projet de loi constitutionnelle propose donc une réforme *a minima* de la justice. M. Jean-Jacques Urvoas lui-même relevait en 2015, à la suite de l'échec de la révision constitutionnelle de 2013 : « *Ainsi, comme hier, la justice doit aujourd'hui se contenter dans nos institutions d'une place subalterne, sa légitimité continuant à procéder du pouvoir politique* »^[1]. Une réforme plus ambitieuse fondée sur les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire serait cependant nécessaire pour clarifier le positionnement institutionnel de la justice et lui reconnaître les compétences et responsabilités correspondantes.

- Tout d'abord, la proposition de suppression de la Cour de justice de la République

La création de la Cour de justice de la République par la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 répondait au besoin exprimé alors de rendre les ministres pénalement responsables de leur action lorsque de celle-ci résultait la commission de crimes ou délits.

Pour tenir compte, toutefois, de la qualité de membre du gouvernement, le constituant avait prévu, d'une part, un filtre par la création d'une commission des requêtes chargée d'examiner les plaintes formulées contre les ministres, et d'autre part, une formation collégiale de juges composée, pour douze membres sur quinze, de parlementaires élus par leurs pairs, les trois autres étant des magistrats de la Cour de cassation élus par son assemblée générale. La loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République a complété le dispositif en instituant une commission d'instruction composée de trois membres désignés parmi les magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation.

En dépit de nombreuses procédures lancées contre des membres du gouvernement à raison d'actes commis dans l'exercice de leurs fonctions^[2], la Cour de justice de la République n'a rendu que cinq arrêts, le dernier en 2016^[3].

Conformément aux engagements pris par le Président de la République comme candidat à l'élection présidentielle, le gouvernement propose de supprimer la Cour de justice de la République et de transférer le contentieux dont elle était saisie à la cour d'appel de Paris qui statuera dans une formation composée exclusivement de magistrats professionnels.

Le schéma d'ensemble qui prévoit de rendre la cour d'appel de Paris compétente pour juger les ministres à raison des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions présente l'avantage de rapprocher la responsabilité des membres du gouvernement du droit commun, sans aller toutefois au bout de la démarche. En effet, en désignant la cour d'appel de Paris plutôt que le tribunal de grande instance de Paris, le projet supprime un degré de juridiction qu'il appartiendra de façon atypique à la Cour de cassation elle-même de combler, soit au stade de l'instruction, soit à celui du jugement, par dérogation au strict contrôle de droit qui est normalement le sien^[4]. Un dispositif plus audacieux aurait été de confier en premier ressort la compétence au tribunal de Paris, quitte à organiser la saisine de la juridiction d'instruction selon des modalités particulières compte tenu de la spécificité des personnes susceptibles d'être jugées et de la nécessité d'une justice rapide afin de ne pas déstabiliser l'Exécutif.

S'agissant du dispositif proposé par le projet de loi constitutionnelle, la désignation de la cour d'appel de Paris compétente, à titre exclusif, pour juger les membres du gouvernement s'inscrit dans un cadre qui ne prévoit pas d'appréhender, pour les mêmes faits, les ministres ainsi que leurs complices et les co-auteurs. Ainsi que le relève le Conseil d'Etat dans son avis, « *il s'ensuit que deux juridictions pourront être conduites à se prononcer sur des faits proches, voire identiques. Une telle situation est source de complexité, voire de contradictions, d'autant qu'une seule de ces juridictions rendra sa décision en premier et dernier ressort* »^[5]. La loi organique devrait envisager, dans une telle hypothèse, la possibilité de jonction des poursuites concernant les membres du gouvernement et leurs complices et co-auteurs ainsi que le droit pour les victimes de se constituer parties civiles afin de permettre la jonction des procédures devant les mêmes juges de la cour d'appel de Paris.

Par ailleurs, le projet de loi constitutionnelle ne contient aucune disposition relative aux modalités d'instruction des faits que la commission des requêtes aura jugés susceptibles de poursuites. Il devrait donc revenir à la loi organique de préciser les modalités d'application du nouvel article 68-1 de la Constitution sur le régime d'instruction applicable.

Toujours dans la perspective d'un rapprochement avec le droit commun, on peut envisager que l'instruction soit confiée à un collège de trois magistrats instructeurs hors hiérarchie (donc ayant acquis une longue expérience) et non à une juridiction d'instruction spéciale comme c'est le cas dans le système actuel.

Au surplus, le projet de loi constitutionnelle qui prévoit le maintien d'une commission des requêtes composée, comme précédemment, de trois magistrats de la Cour de cassation sur sept membres interroge, dès lors que les actes de cette commission seront soumis à l'appréciation de magistrats de juridictions normalement placées elles-mêmes sous le contrôle de la Cour de cassation.

Une formule consistant, par exemple, à prévoir une composition de cinq présidents de tribunal de grande instance hors hiérarchie (donc parmi les plus expérimentés) désignés par la Cour de cassation correspondrait mieux à l'organisation judiciaire et à la nature judiciaire du contentieux, tout en préservant les ministres de poursuites inappropriées.

Enfin, la portée d'une disposition du projet de loi constitutionnelle peut apparaître comme ambiguë et prêtant à interprétation négative. Le projet d'article 68-1 alinéa 2, 2^{ème} phrase, prévoit, en effet, que la responsabilité des ministres « *ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable* » de sorte qu'il sera difficile de poursuivre un ministre sur le fondement des incriminations dans lesquelles la négligence fait partie des éléments constitutifs de l'infraction. Cette disposition peut être perçue comme défaussant les ministres sur les fonctionnaires, alors qu'ils assument normalement la responsabilité de l'action et de l'inaction de l'Etat devant la Nation.

-S'agissant de la réforme du mode de nomination des magistrats du parquet [passage de l'avis simple à l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature (CSM)]

Actuellement, tous les magistrats du parquet sont nommés par décret du Président de la République sur avis simple de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet ; depuis l'entrée en vigueur, en janvier 2011, de la réforme constitutionnelle de 2008 et de la réforme organique de 2010, les gardes des Sceaux successifs se sont engagés à respecter l'avis du CSM et à ne plus passer outre une éventuelle opposition de sa part à une nomination. Le projet de loi constitutionnelle propose donc d'inscrire cette pratique dans la Constitution, en disposant que les magistrats du parquet sont nommés, comme le sont actuellement les magistrats du siège, par décret du Président de la République, sur avis conforme du CSM.

Cette réforme est sans doute un progrès pour conforter l'indépendance des magistrats du ministère public, mais est-elle suffisante, alors que la décision n°2017-680 QPC rendue par le Conseil constitutionnel le 8 décembre 2017 rappelle la subordination hiérarchique du ministère public au garde des Sceaux ?

En effet, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature qui prévoient : « *Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. À l'audience, leur parole est libre* », sont conformes à la Constitution car « *les dispositions contestées assurent une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution. Elles ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs.* »

Cette décision réaffirme la conception très restrictive et traditionnelle de l'indépendance des magistrats du parquet à la française que le mode de nomination proposé n'infléchira pas significativement dans son principe dès lors que le ministère public demeurera sous l'autorité du ministre de la justice. Plus largement, cette approche affaiblit nécessairement par ricochet la perception par le justiciable de l'indépendance de l'autorité judiciaire dans son ensemble en raison de l'unité du corps des magistrats, et ne parvient pas à convaincre de sa conformité à la séparation des pouvoirs puisqu'elle impose le contrôle par l'exécutif d'un organe de la justice.

-L'alignement du mode de nomination des magistrats du parquet sur celui des magistrats du siège (passage de l'avis simple ou conforme au pouvoir de proposition du CSM)

Si le projet de loi constitutionnelle devait être plus ambitieux, il pourrait proposer que les plus hauts magistrats, du parquet comme du siège, soient nommés dorénavant selon la même procédure que celle applicable actuellement pour les membres du siège de la Cour de cassation, les premiers présidents de cour d'appel et les présidents de tribunal de grande instance, qui, en application de l'article 65 alinéa 4 de la Constitution, sont nommés par décret du Président de la République, sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature.

Mais le projet de loi constitutionnelle pourrait porter une ambition plus grande encore et proposer que ce soit l'ensemble des magistrats, du ministère public comme du siège, qui soit nommé sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature.

Une telle réforme serait à même de promouvoir une image authentique de l'indépendance du corps des magistrats dès lors que la nomination des juges comme des membres du parquet ne dépendrait plus du ministère de la justice dont les propositions de nomination prêtent à suspicion à la moindre interrogation, pour confier au CSM l'exclusivité des propositions de nomination.

Si elle devait être retenue, une telle proposition impliquerait évidemment de transférer une part substantielle des moyens humains de la direction des services judiciaires du ministère de la justice au Conseil supérieur de la magistrature.

-L'élargissement de la compétence d'avis du CSM sur tout projet ou proposition de loi touchant sa propre organisation, celle de l'institution judiciaire, le statut des magistrats et le financement des services judiciaires

En application de l'article 65 alinéa 8 de la Constitution, « le Conseil supérieur de la magistrature se réunit en formation plénière pour répondre aux demandes d'avis formulées par le Président de la République au titre de l'article 64. Il se prononce, dans la même formation, sur les questions relatives à la déontologie des magistrats ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le ministre de la justice ».

Par sa délibération en date du 9 novembre 2017, le CSM a pris la position suivante :

« Dans une décision du 19 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition conférant au Conseil la possibilité de se prononcer sur des questions relatives à la déontologie des magistrats sans être saisi à cette fin par le garde des Sceaux. Suivant cette analyse, il est aujourd'hui considéré que le CSM ne peut rendre un avis d'initiative.

Le projet de réforme de 2013 retenait la possibilité pour le Conseil de « se saisir d'office des questions relatives à l'indépendance de l'autorité judiciaire et à la déontologie des magistrats ».

Le Conseil propose de reprendre cette formule, en y ajoutant la possibilité pour tout magistrat de le saisir de toute atteinte à son indépendance ou à son impartialité.

Une majorité de membres est en outre favorable à ce que le Conseil se voit reconnaître, au niveau organique, une compétence afin de formuler des avis sur les projets de lois de finances, pour ce qui concerne les programmes 166 (juridictions judiciaires) et 101 (accès au droit et à la justice).

Une majorité de membres est enfin favorable à ce que le Conseil soit obligatoirement consulté sur tout projet de réforme touchant sa propre organisation, l'organisation de l'institution judiciaire, le statut des magistrats, le budget des services judiciaires. »

En effet, compte tenu de la mission reconnue au Conseil supérieur de la magistrature par l'article 64 de la Constitution qui affirme que le CSM assiste le Président de la République dans sa fonction de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, il serait souhaitable de permettre au Conseil supérieur de se saisir d'office de questions touchant à l'indépendance de la justice ou à la déontologie des magistrats sans attendre d'être saisi par le chef de l'Etat. On mesure bien, à l'impossibilité dans laquelle se trouve le CSM de se saisir lui-même de sujets touchant au cœur même de son office, combien l'exercice de l'indépendance de l'autorité judiciaire demeure contraint.

En outre, il conviendrait d'étendre cette compétence d'avis à des matières touchant au financement de l'autorité judiciaire de sorte que le CSM puisse vérifier, avant l'adoption des lois de finances, que les moyens budgétaires alloués chaque année aux juridictions sont compatibles avec le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire. Le Haut Conseil pourrait aussi donner un avis qui serait joint à la loi de règlement pour évaluer *a posteriori* l'effort budgétaire consenti à l'égard de l'autorité judiciaire.

Une mesure plus significative encore consisterait à reconnaître au Conseil supérieur de la magistrature la qualité de pouvoir public au sens des dispositions de la loi organique relative aux lois de finances, statut que le CSM a lui-même revendiqué. Une telle évolution n'implique pas l'intervention du pouvoir constituant mais suppose que le statut constitutionnel d'indépendance du CSM soit reconnu et promu dans toutes ses dimensions.

-La suppression, dans la Constitution, de la référence au rôle du Président de la République, garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire

L'article 64 (alinéas 1 et 2) de la Constitution dispose :

« Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. »

La référence au rôle du Président de la République garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire renvoie à une conception monarchique du chef de l'Etat arbitre au-dessus des partis. Si cette conception pouvait correspondre aux débuts de la Constitution de la Vème République, elle n'apparaît plus en phase avec l'évolution des institutions telle qu'elle s'est produite depuis 1962 par l'élection du Président de la République au suffrage universel direct et l'accentuation progressive de la conception présidentialisée des institutions, notamment au cours des trois derniers mandats.

Dans ce cadre, le Président de la République est devenu le véritable responsable de la conduite de la politique de l'exécutif. Aussi, dans ce contexte, son rôle de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire interpelle-t-il.

En cohérence avec cette évolution, la réforme constitutionnelle de 2008 a retiré au Président de la République la présidence du Conseil supérieur de la magistrature assurée depuis par les chefs de la Cour de cassation, au sein des formations du siège et du parquet du CSM, le premier président de la Cour de cassation assurant la présidence de la formation plénière du Conseil supérieur.

Le projet de réforme constitutionnelle pourrait être l'occasion de parachever la remise en ordre des textes en affirmant que le Conseil supérieur de la magistrature est seul garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

A défaut d'une telle évolution, on pourrait encore envisager une nouvelle formulation de l'article 64 correspondant mieux au rôle confié au Conseil supérieur de la magistrature aux côtés du Président de la République. En effet, la rédaction de cet article date d'une période où le Président de la République présidait le CSM ; ainsi que le relève le Conseil supérieur de la magistrature dans sa délibération du 9 novembre 2017 touchant aux orientations et propositions sur les questions intéressant la réforme constitutionnelle :

« La pertinence de cette rédaction, qui date de l'époque où le Président de la République présidait le Conseil, peut être interrogée dès lors que ce dernier exerce désormais ses attributions de façon autonome.

Aussi, le Conseil, à la majorité de ses membres, est-il favorable à une révision de ce texte, inspirée de la réforme votée par l'Assemblée nationale en 2013, qui consisterait à réécrire le deuxième alinéa de l'article 64 en retenant la formule suivante :

« Le Conseil supérieur de la magistrature veille, par ses avis et ses décisions, à garantir cette indépendance. »

-L'organisation même du Conseil supérieur de la magistrature en une formation unique

Si le corps judiciaire est unique, que le Conseil supérieur de la magistrature l'est aussi et que les conditions de nomination des magistrats du siège et du parquet doivent être harmonisées, pourquoi continuer de prévoir une formation du siège et une formation du parquet ?

Dans une délibération du 13 novembre 2017, le Conseil supérieur de la magistrature a arrêté des positions et propositions sur les questions intéressant sa composition, son organisation et ses moyens de fonctionnement, dans la perspective d'une réforme constitutionnelle à venir.

Le Conseil y souligne, notamment, *« la nécessité d'affirmer clairement, dans le contexte actuel, l'unité du corps judiciaire.*

La création d'une formation unique, chargée de statuer sur toutes les nominations et la discipline des magistrats du siège et du parquet, constituerait à cet égard une solution idéale et un objectif à atteindre.

Une formation unique apparaît dès aujourd'hui incontournable :

- en matière de nomination, pour les avis et propositions portant sur les fonctions qui intéressent toute l'institution judiciaire, comme celles de directeur et de directeur adjoint de l'École nationale de la magistrature (pour lesquelles le Conseil a revendiqué, dans sa précédente note, un pouvoir de proposition) ou de chef de l'inspection générale de la justice ;

- en matière disciplinaire, lorsque des magistrats du siège et du parquet sont mis en cause dans une même procédure ou pour des faits connexes, ou lorsque un magistrat passé du siège au parquet ou du parquet au siège est mis en cause pour des faits commis successivement dans ces différentes fonctions. »

Ne serait-il dès lors pas plus cohérent d'envisager une formation unique composée des membres non-magistrats dont le nombre, selon moi, doit demeurer majoritaire afin d'éviter la critique du corporatisme et de favoriser le développement des compétences du Conseil, de membres magistrats élus par leurs pairs, les conseillers et les avocats généraux de la Cour de cassation formant un collège électoral unique, les premiers présidents et les procureurs généraux assemblés en formant un autre, les présidents et les procureurs de la République des tribunaux de grande instance étant regroupés dans un troisième collège, enfin les autres magistrats du siège et du parquet dans un quatrième ?

Dans une telle formule, le premier président de la Cour de cassation et son procureur général (s'il doit être maintenu un parquet général à la Cour de cassation, ainsi que des parquets statutairement séparés du siège dans les cours et tribunaux) demeureraient président et vice-président d'un CSM unifié assurant la représentation d'un corps de magistrats unique.

-L'introduction dans la Constitution d'une disposition prévoyant que les recours contre les décisions du CSM statuant en matière disciplinaire sont portés devant la Cour de cassation

L'autorité judiciaire en son entier est une autorité constitutionnelle dont le fonctionnement est étroitement dépendant de son organisation.

De même que la justice administrative maîtrise les moyens de son action et contrôle elle-même la légalité des décisions organisant son fonctionnement, la justice judiciaire a vocation à contrôler, elle aussi, les services qui lui sont rattachés. C'est aussi une condition de l'égalité des ordres juridictionnels entre eux.

En effet, l'autorité judiciaire, de par les garanties constitutionnelles d'indépendance dont elle jouit, ne peut relever pour certains de ses organes ou certaines de ses fonctions du contrôle du juge administratif.

Comme le soulignait le doyen Georges Vedel en 1953, *« Sous prétexte de fidélité à la distinction entre l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice, (...), [on] méconnaît le caractère autonome que la Constitution a voulu donner au Conseil supérieur de la Magistrature, tête de l'ordre judiciaire.*

[On] assimile toute activité de service public à une activité administrative, alors qu'il n'en est ainsi que dans la mesure où le service public considéré est sous l'autorité du pouvoir exécutif. »^[6]

Dans cet esprit, l'autorité judiciaire devrait se voir confier par le constituant la compétence pour examiner les recours contre les décisions disciplinaires du Conseil supérieur de la magistrature qui font l'objet aujourd'hui d'un simple pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, en ce qui concerne les seuls magistrats du siège.

Un tel recours devra être institué aussi contre les décisions qui seront rendues en cette matière par la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet dès lors que le régime disciplinaire des magistrats du parquet sera aligné sur celui des magistrats du siège.

De surcroît, comme le juge administratif de cassation ne peut, par sa nature même, substituer son appréciation sur le fond à celle du Conseil supérieur de la magistrature, l'évolution vers un recours judiciaire permettrait un progrès important dans la garantie des droits fondamentaux des magistrats faisant l'objet de poursuites disciplinaires. En leur permettant de former devant la Cour de cassation un recours contre la décision disciplinaire rendue à leur encontre, sur le modèle existant déjà en faveur des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les magistrats poursuivis pourraient bénéficier d'un véritable double degré de juridiction, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui et pose une difficulté au regard du droit européen^[7].

Ainsi, peut-on imaginer que les recours contre les décisions rendues en matière disciplinaire contre les magistrats par le Conseil supérieur de la magistrature, soient portés, en appel, devant une chambre de la Cour de cassation et, en cas de pourvoi, devant son assemblée plénière.

Enfin et plus largement, pour échapper à cette confusion de l'administratif et du judiciaire, il conviendrait que la loi clarifie la situation en confiant plus généralement à la Cour de cassation l'ensemble du contentieux de l'organisation et du fonctionnement de l'autorité judiciaire ; il en irait ainsi des décisions d'ordre statutaire telles que les recours contre les décisions de la commission d'avancement ou les actes hiérarchiques des chefs de cour d'appel (attributions de prime, notations, etc), dans la ligne tracée par la décision récente du Tribunal des conflits qui a confié au juge judiciaire le contrôle des ordonnances des chefs de cour organisant le fonctionnement de leur juridiction^[8].

En effet, les décisions de la commission d'avancement ou des chefs de cour n'ont certes pas de nature juridictionnelle, mais elles ne sont pas davantage des mesures d'un organe administratif car elles constituent des mesures se rapportant à l'administration spécifique de la justice qui ne peuvent être séparées du fonctionnement juridictionnel, tant les incidences de l'une sur l'autre sont évidentes.

Une lecture cohérente des textes, à commencer par la Constitution, impose, en application du principe d'indépendance de l'autorité judiciaire, de distinguer ce qui relève de l'administration proprement dite, c'est-à-dire l'administration rattachée à l'Exécutif dont le contentieux est placé sous le contrôle du Conseil d'État, et ce qui procède de l'autorité judiciaire, dont l'organisation et le fonctionnement doivent, de la même manière, relever en dernier lieu du contrôle de la Cour de cassation.

Liste des pièces jointes :

- Lettre de Jean-Jacques Urvoas accompagnée de l'article de M. Urvoas publié à la revue de la Fondation Jean Jaurès ;
- Réponse du premier président à la lettre de M. Urvoas ;
- Tribune du premier président, « Pour l'unité de la magistrature » ;
- Délibérations du Conseil supérieur de la magistrature des 9 et 13 novembre 2017

^[1] Jean-Jacques Urvoas, « Réforme du Conseil supérieur de la magistrature : le chemin escarpé du compromis », note n°13, Fondation Jean-Jaurès, Thémis, Observatoire Justice et Sécurité, 18 mai 2015.

[2] 1455 saisines de la commission des requêtes, 42 avis favorables, 16 dossiers soumis à la commission d'instruction (certains après jonction).

[3] Arrêt du 9 mars 1999, arrêt du 16 mai 2000, arrêt du 7 juillet 2004, arrêt du 30 avril 2010, arrêt du 19 décembre 2016.

[4] Cf. Arrêt de la Cour de cassation, assemblée plénière, 6 juin 2003, n° 01-87.092, 03-80.734.

[5] Avis du Conseil d'Etat, section de l'intérieur, sur le projet de loi constitutionnelle « Pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace », 3 mai 2018, page 12.

[6] Note Georges Vedel, sous CE, Ass., 17 avril 1953, n° 24044, Falco et Vidaillac, JCP éd. G, 1953, II, 7598.

[7] Dans un arrêt du 21 juin 2016, Ramos Nunes de Carvalho E Sá c. Portugal (requêtes nos 55391/13, 57728/13 et 74041/13), la Cour européenne des droits de l'homme relève « qu'en ce qui concerne les procédures disciplinaires dirigées contre des juges, la nécessité qu'un nombre important des membres de l'organe disciplinaire soient eux-mêmes juges est reconnue par la Charte européenne sur le statut des juges » (arrêt, §75), concluant ainsi que le fait que lors de l'examen de l'affaire au sein du CSM portugais les juges aient été minoritaires est « problématique au regard de l'article 6 § 1 de la Convention » (arrêt, §79), l'indépendance et l'impartialité du Conseil supérieur de la magistrature pouvant être « sujettes à caution » (arrêt, §80) et considère dans ce même arrêt, à propos du contrôle opéré par la Cour suprême de Justice sur les actes du Conseil supérieur de la magistrature statuant en matière disciplinaire, qu'il était important au regard du droit à un procès équitable de disposer d'un double degré de juridiction permettant un réexamen des faits contestés et a ainsi conclu que la Cour suprême de Justice qui s'est « limitée à un simple contrôle de légalité sur le terrain de l'établissement des faits » (arrêt, §86), « a une conception restrictive de l'étendue de ses propres pouvoirs de contrôle de l'activité disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature » (arrêt, §87). Il semble donc résulter de cet arrêt que la Cour européenne des droits de l'homme exige que, lorsqu'une instance statue en matière de discipline des juges, elle soit composée d'une majorité de juges de la même origine. La Cour exige également que le recours exercé contre la décision de l'instance disciplinaire ne se limite pas à un contrôle de légalité mais permette un réexamen complet des faits allégués.

[8] Arrêt du Tribunal des conflits, 12 février 2018, n°4115, M. S contre ministère de la justice : « Considérant que la décision prise par le président d'une juridiction judiciaire de modifier une ordonnance de roulement constitue une mesure relevant du fonctionnement du service public de la justice et dont l'examen conduit à porter une appréciation sur la marche même des services judiciaires ; que la juridiction judiciaire peut seule procéder à cet examen ; qu'il s'ensuit qu'un recours contre une telle décision, fondé sur le fait qu'elle constituerait une sanction déguisée, relève de sa compétence ; que la juridiction judiciaire est donc compétente pour connaître de l'action introduite par M. S ».