

VIIème Congrès Français de Droit Constitutionnel

50° Anniversaire de la Constitution Française du 4 octobre 1958

Paris, 25-26-27 septembre 2008

Atelier n° 5 - CONSTITUTION ET JUSTICE

Le Conseil Supérieur de la magistrature : une comparaison italo-française.

par Anna Chiara Vimborgati

Université de Bari

La révision constitutionnelle du Conseil Supérieur de la Magistrature en France et le débat sur les fonctions matérielles du Conseil italien dans la perspective d'une réforme imminente de l'ordre judiciaire du gouvernement en charge offrent l'occasion de réfléchir sur le rôle constitutionnel du CSM, sur les qualités et fonctions d'un organe constitutionnel récepteur de grandes transformations concernant actuellement la forme des systèmes judiciaires français et italien, et notamment la modulation du principe de séparation des pouvoirs¹ et les principes constitutionnels qui régissent le système judiciaire.

¹ Sur le principe de séparation des pouvoirs comme caractéristique de la conception moderne et occidentale du pouvoir politique, la meilleure illustration italienne nous est suggérée par C. Mortati, en C. Mortati, *Forme di Governo, Lezioni*, Padova, Cedam, 1973, 81-82, selon lequel ce principe peut être considéré comme une «fonction organisée». Etant donné l'importance du concept de « pouvoir », il faut voir ce concept aussi sous l'aspect des actes où la fonction s'exerce, c'est-à-dire qu'il faut voir le pouvoir : c'est à dire 1. d'un point de vue matériel, 2. du point de vue de son extériorisation, 3. du point de vue de son efficacité à déterminer le contenu, la forme et l'efficacité des actes dans lesquels s'exprime la fonction attribuée au pouvoir. Après avoir déterminé les critères sur la base desquels le concept de « pouvoir » doit s'exercer, on a enfin les bases nécessaires pour affronter toute autre question relative à la structure organisationnelle de l'Etat. Tout d'abord, quels sont les «pouvoirs», ensuite comment sont formés les organes de chaque «pouvoir», enfin quels sont les rapports entre les différents «pouvoirs». La distinction des pouvoirs n'est ni nouvelle dans l'histoire des systèmes judiciaires ni exclusivement typique de l'Etat moderne. En effet, il a toujours existé dans chaque état et à chaque époque une certaine distinction entre les fonctions, les compétences et

Dans cette perspective, l'analyse comparée représente une perspective d'enquête préférentielle et méthodologiquement efficace dans le sens que, présumant une similitude entre les problématiques du CSM italien et de ce français, elle amène l'observateur à identifier un dénominateur commun de la crise de légitimité et de légitimation qui porte atteinte à l'autonomie et à l'indépendance des juges.

Pour ces raisons, le présent travail se déroulera de la façon suivante :

1. Les modèles des CSM italien et français;
2. La révision constitutionnelle française : la loi n° 724 du 23 juillet 2008;
3. les fonctions constitutionnelles et compétences acquises;
4. l'autonomie de la magistrature italienne entre indépendance et contrôle;
5. la dépendance à l'exécutif du CSM français.

Conclusions.

Préambule.

La naissance, l'affirmation et l'évolution d'un système d'autorganisation et d'indépendance de l'ordre judiciaire sont liées à l'histoire de la démocratie constitutionnelle et à l'affirmation de la séparation des pouvoirs: la recherche et la réalisation d'un équilibre entre les principes constitutionnels d'indépendance et d'autonomie des juges en Italie, tout comme en France ils dérivent des exigences conceptuelle et historique².

D'un point de vue conceptuel, en effet, le statut judiciaire renvoie de façon immédiate à la structure des systèmes juridiques de *civil law* et à la nécessité que la loi soit l'expression du Parlement et plus précisément, dans l'état actuel des choses, de l'union institutionnelle entre majorité parlementaire et

les organes qui les ont exercés. C'est l'État moderne qui a affirmé le principe de «séparation» des pouvoirs, selon lequel chaque fonction devrait appartenir exclusivement à un organe donné, ou à un complexe homogène donné d'organes, et ce de manière à toujours attribuer des fonctions différentes aux différents organes : de cette manière, les pouvoirs s'avèreraient séparés en fonction de la structure particulière des organes qui les composent et de la nature des missions confiées à ceux-ci. On comprend donc comment et pourquoi le principe de séparation se répercute profondément sur l'essence des rapports entre les organes constitutionnels et sur la forme de gouvernement.

² Cette affirmation est de G. Verde, *L'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2003, 25.

gouvernement qui exprime actuellement l'orientation politique de l'Etat ainsi que la séparation fonctionnelle des pouvoirs³: cette conception a amené à identifier les juges comme des gestionnaires d'une fonction publique exercée de manière conditionnée en qualité d'employés d'état, exonérés du contrôle de qualité de leurs propres actes, ceux-ci étant préalablement fixés par la loi.

En ce sens, l'exigence conceptuelle se traduit en une obligation de «terzietà» et d'impartialité servant à distinguer les juges des autres organes exerçant des fonctions d'état différentes.

Les raisons historiques qui ont influencé la configuration constitutionnelle de la magistrature, en revanche, sont liées à l'aspiration démocratique des régimes constitutionnels nés depuis la seconde guerre mondiale à éviter que soit de nouveau entravé le droit d'agir en justice, les pressions externes exercées sur la magistrature, les institutions de juges spéciaux.

Ces exigences historiques ont conditionné la structure des systèmes judiciaires en introduisant le principe d'auto-administration et de gestion corporative de la magistrature.

L'auto-administration de la magistrature, ou si l'on préfère, l'autonomie de la magistrature, présente des profils spécifiques qui la différencient d'autres formes et d'autres contestes d'auto-administration car, à travers elle, se réalise le fondement indispensable des systèmes démocratiques qui consiste dans la séparation des pouvoirs: cependant, il faut souligner que, malgré la spécificité indubitable de cette forme d'auto-administration, on peut tirer des éléments utiles de réflexion sur la généralité des phénomènes d'auto-administration

³ Le principe de la séparation fonctionnelle des pouvoirs est élaboré par G. de Vergottini, *Diritto Costituzionale Comparato*, Padova, Cedam, 2003, 275-276. En effet, dans la démocratie de masse, la présence des partis politiques a déterminé un affaiblissement de la conception originelle du principe de séparation, annulant l'identification entre un certain type d'organe constitutionnel et certaines forces sociales, rendant possible dans le même temps la présence de toutes les forces sociales au gouvernement et au Parlement et un durcissement de la structure dualiste des rapports Parlement-Gouvernement: même si d'un point de vue organisationnel ces derniers restent nettement distincts, du point de vue fonctionnel ils deviennent souvent fongibles mettant en évidence la nature monastique des rapports entre parlement et gouvernement, ou, plus exactement, entre majorité parlementaire et gouvernement. Cette symbiose entre Parlement et gouvernement met en lumière le franchissement de la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs, retirant au Parlement son homogénéité et son rôle principal de contrôleur de l'action du gouvernement.

ayant en commun un esprit.

Dans le cas d'intérêts pouvant être satisfaits par l'individu lui-même, leur tutelle est exercée, quand cela est possible, par le groupe porteur de l'intérêt et non de par l'organisme territorial et politique qui peut les rendre indépendants d'autres groupes, porteurs d'intérêts différents.

Cette idée s'est concrétisée par la présence d'une série de personnages qui, bien qu'appartenant à la sphère publique, ont concouru à effriter le caractère monolithique de l'Etat souverain et à renforcer l'affirmation de l'Etat pluraliste à travers la reconnaissance d'une condition d'autonomie paritaire dans le cadre d'un conteste d'état unitaire⁴.

L'activité de ces organismes se complique grandement quand les intérêts qu'ils gèrent se répercutent sur des situations subjectives de tiers n'ayant ni la possibilité d'influer sur l'exercice de telles fonctions ni celle d'exercer un pouvoir d'investiture et de contrôle sur ceux-ci.

Dans le cas de la magistrature, cette problématique s'aggrave du fait de la nature des fonctions exercées, lesquelles «empiètent» indubitablement sur le territoire d'autres sujets et du fait de la soumission de celle-ci à la loi émanant de la faiblesse croissante du donné normatif qui caractérise tous les systèmes politiques contemporains et, notamment, le système politique italien

Paradoxalement, le respect de la loi, plutôt que d'être une garantie de l'exercice de la fonction juridictionnelle, il produit l'effet de libérer le juge de toute responsabilité décisionnaire même quand celle-ci est le fruit d'un choix qu'il

⁴ Cette réflexion est de G. Rossi, *Autoamministrazione e gestione corporativa della magistratura*, en S. Mazamuto (cur.), *Il Consiglio Superiore della magistratura, Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, Giappichelli, 2001, 251-252. L'auteur explique qu'on a donné à certains organes représentatifs de groupes professionnels le titre d'organismes publics associatifs; d'autres, incorporés à l'administration publique, ont bénéficié d'une tutelle particulière à travers des formes d'auto-administration excluant tout pouvoir significatif des organes politiques. Ce phénomène a concerné des situations des natures très diverses comme le démontrent les différentes expressions utilisées pour ~~leur~~ les désigner: «*Gneist*», «*Gierke*», «*von Stein*» ont un contenu et un sens très différent de *self-governement* ou de l'expression «*Selbstverwaltung*», d'«*autoadministration*», d'«*autonomie*» ou encore, de «*décentralisation*», «*autonomie*», «*autocratie*». D'autres termes comme «*gestion corporative*» ont en outre, assumé un sens négatif ayant représenté une forme d'organisation représentative des intérêts subordonnés au parti et s'opposant, en ce sens, aux formes d'organisation démocratiques.

n'est pas excessif de définir comme discrétionnaire.

L'auto-administration « court le risque de créer une situation de privilèges... en interférant sur l'exercice des fonctions vitales pour la collectivité entière »⁵.

Pour ces raisons, une réflexion sur l'activité actuelle du CSM, ne peut se dissocier d'une réflexion préalable sur le principe même de l'auto-administration et sur l'efficacité de la gestion corporative des intérêts.

Le débat sur le CSM se développe donc, autour de deux dimensions d'indépendance, l'une procédurale et l'autre matérielle : sous le premier point de vue, il renvoie aux exigences historiques de l'auto-organisation, tandis que sous le second, il dépend de l'exigence conceptuelle de l'auto-organisation et, si le principe de séparation des pouvoirs réunit ces deux exigences dans une perspective commune de « terzietà » et de garantie de l'égalité dans l'application de la loi, le rapport entre auto-organisation et légalité évolue à travers le souci d'éviter que l'indépendance de la magistrature ne se transforme pas dans un excès d'indépendance de la magistrature et donc le souci de la rendre semblable à un « arbitre ».

1. - Organe constitutionnel ou institution? La qualification du CSM est encore controversé. C'est tout du moins la nature des relations entre pouvoir politique et justice auxquels renvoie la qualification de la fonction juridictionnelle qui est controversée⁶.

Aujourd'hui les juristes débattent encore sur la nature du pouvoir exercé par les juges: pouvoir, autorité ou fonction judiciaire? Les points d'obscurité se multiplient surtout lors des changements de régime politique ou des révisions constitutionnelles remettant en question les rapports entre les pouvoirs de l'État

⁵ *Ibidem*, 254.

⁶ En ce sens, il faut observer qu'historiquement, à côté d'une exigence de séparation du pouvoir judiciaire du gouvernement pour assurer l'indépendance des magistrats se révèle une exigence antagoniste de séparation de la magistrature des autres pouvoirs de l'État. En ce sens, I. Boucobza, *Le Conseil Supérieur de les magistratures en France et en Italie*, en *L'indépendance de les magistratures en France et en Italie*, Actes du Colloque organisé par le Centre de recherches italiennes de l'Université de Paris X-Nanterre, le 3-4 avril 1998, Paris, Dalloz, 1999, 36.

et la conception de souveraineté qui en dérive.

Les modèles italiens et français de CSM se différencient considérablement sur leur composition ainsi que sur la nature de leurs fonctions .

La différence est évident surtout à niveau du degré des dispositions textuelles constitutionnelles: la Constitution italienne décrit exhaustivement les attributions et les fonctions du CSM en délinéant un modèle d'organe d'autonomie cohérente avec la configuration de la magistrature comme pouvoir indépendant de l'État; la Constitution française discipline les mécanismes de composition et les procédures décisionnelles du CSM en renvoient, aussi dans les révisions constitutionnelles suivantes, à la loi organique pour la discipline des conditions d'application.

Il s'agit d'une différence dépendant d'une tendance typiquement française à l'institutionnalisation du pouvoir de révision constitutionnelle qui a caractérisé l'évolution de l'histoire constitutionnelle française de suit de la Constitution de 1791⁷ et de la construction du CSM comme organe dépendant du gouvernement.

Les différences structurales et fonctionnelles entre les deux organes n'empêchent pas, en chaque cas, de regarder au CSM, dans tous les deux cas, comme à un organe « charnière » qui synthétise les difficultés d'affirmer un équilibre procédural stable entre l'exigence démocratique d'indépendance des juges et un excès du contrôle politique des organes constitutionnels: les deux expériences semblent s'évoluer vers une aggravation de la responsabilité de la magistrature et un asservissement du CSM à l'ordre politique contemporaine⁸.

⁷ Á ce regard, particulièrement intéressant pour le caractère organique et systématique du travail, M. Calamo Specchia, *La Costituzione garantita, Dalla sovranità alla ragionevolezza: itinerari francesi*, Torino, Giappichelli, 2000, 52 ss.

⁸ Absolument éloquent, en tel sens, la question du juge milanais Clementina Forleo dernièrement soumis à la décision du CSM italienne de déplacement pour incompatibilité ambiant. Les conduites contestées au juge sont deux: les déclarations prononcées dans le cadre d'un programme de télévision à propos des interférences des organes politiques et institutionnelles dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles pendant une enquête sur les escalades bancaires et les reliefs remués par le juge aux collègues de la Procure titulaires de cette enquête. Selon le CSM, le juge Forleo a manifestée une personnalisation anormale des événements procéduraux qui ont déterminée conflits et suspects vis-à-vis des collègues. Très considérable aussi la loi du gouvernement Berlusconi sur l'exemption pénale pour les quatre plus hautes charges de l'État, adopté de suit d'une faible résistance du CSM. Il s'agit de la loi

En ce sens, la comparaison entre les deux systèmes permet de relever l'existence d'un *gap* démocratique, déterminé par la tendance du CSM à se subordonner aux instances du pouvoir exécutif, et à percevoir, matériellement, la nécessité d'une continuité du contrôle politique sur l'activité des organes constitutionnels pour garantir l'exercice d'une fonction juridictionnelle qui soit réellement efficace.

Le CSM apparaît pour la première fois en France en 1883: discipliné par l'art. 13 de la loi du 30 août 1883 sur l'organisation judiciaire comme organe disciplinaire des magistrats du siège⁹, est institutionnalisé dans la Constitution de la IV^e République de 1946 où est représenté comme un organe indépendant, garant d'indépendance des juges.

Dans la Constitution de 1958, la nature, la composition et la structure du CSM apparaissent adaptés au but du nouveau cadre constitutionnel: pour réaliser un réaligement général des pouvoirs et des institutions de la Cinquième République, la Constitution détermine une réduction considérable de son autonomie à travers l'attribution de sa présidence au Chef de l'État.

L'art. 64 de la Constitution française reconnaît, en effet, au Président de la République française le rôle de « garant d'indépendance de l'autorité judiciaire » assisté du Conseil Supérieur de la Magistrature et de l'inamovibilité des juges.

La succession des dispositions constitutionnelles, aussi de suite de la dernière révision constitutionnelle qui a modifiée le rapport entre Chef de l'État et CSM, elle apparaît importante dans la mesure où introduit une subordination logique et axiologique entre le rôle du Président de la République, ce du CSM et, encore, le principe d'inamovibilité selon lequel pendant que le Chef de l'État est titulaire d'une fonction constitutionnelle abstraite, le CSM est titulaire d'une « proceduralisation » de ce même fonction compatible avec l'évolution de

du 23 juillet 2008, n. 124 portant « Dispositions en matière de suspension du procès pénal pour des hautes charges de l'État » : la suspension s'applique aux procès pénaux aussi en cours et pour faits antécédents l'engagement de la charge.

⁹ J.-P. Machelon, *L'épuration républicaine: la loi du 30 août 1883*, Histoire de la Justice, n° 6, 1993, 87-101.

l'histoire constitutionnelle française et la fonction constitutionnelle du Chef de l'État¹⁰.

Dans la Constitution de 1958 la Présidence du CSM est confiée au Président de la République : il s'agit d'une formule apte à rappeler que la fonction juridictionnelle procède de l'autorité indivisible de l'État dont le Président de la République a la responsabilité; la charge de vice-président appartient de droit au ministre de la justice: la réforme constitutionnelle de 1993¹¹, la loi organique de 1994¹² modifiée par la loi organique de 2001¹³ et par celle de 2007¹⁴ ont accru l'indépendance de la magistrature et du CSM à travers des mesures concernant la nomination des composants, les attributions, la différenciation entre les deux formations, celle des magistrats du siège et celle des magistrats du parquet que, cependant, n'ont pas résulté suffisant à modifier l'image de la « pas indépendance » du CSM du pouvoir politique et en particulier du pouvoir exécutif surtout pour le rapport mathématique entre les membres appartenant à la magistrature et ceux-là pas appartenant à elle, trop déséquilibré au avantage des deuxièmes.

La composition et les attributions du CSM sont maintenant aussi au cœur de la réforme constitutionnelle approuvée par loi constitutionnelle 24 juillet 2008 pour réaliser une modernisation générale des institutions françaises même si, pour évaluer sa potentiel innovateur et sa capacité d'application il faudra

¹⁰ Sur les procès de relativisation des dispositions constitutionnelles et l'immanence des ces principes constitutionnels, A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, voce, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1982.

¹¹ Le titre VIII de la Constitution a été en effet dénommé « De l'indépendance de la magistrature des juges de l'autorité judiciaire »

¹² Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil Supérieur de la Magistrature.

¹³ La loi organique n°2001-539 du 25 juin 2001 il a modifié les articles suivants de la Loi n° organique 94-100 du 5 février 1994: art 4, relatif au système électoral; art. 7, sur les remplacements des juges et sur les désignations complémentaires; l'art. 18, relatif à l'absence du Président de la République dans les délibérations disciplinaires du Conseil.

¹⁴ La loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 a modifié les suivants articles de la Loi organique n° 94-100: art. 3 concernant la composition des deux formations du CSM, les congrès des magistrats, le système électoral du Conseil et la durée du mandat des élus; l'art. 20, concernant les échanges informatifs entre CSM et organes des hautes juridictions; a créé l'art. 21 de la Loi n° organique 94-100 du 5 février 1994 pour consentir aux magistrats du Conseil d'être autorisé au déroulement d'une activité commerciale à l'intérieur d'une entreprise ou d'un organisme privé compatible avec les fonctions exercées dans les derniers trois ans.

attendre l'émanation de la loi organique qui disciplinera les modalités de réalisation de la loi.

La principale innovation introduite par la réforme dans le cadre d'un renforcement général des garanties individuelles des citoyens et d'un nouvel équilibre constitutionnel apte à re-conduire le présidentielisme de Sarkozy à la règle du semi présidentielisme constitutionnel, s'est la nouvelle position du Président de la République qui, au-delà de la limitation à deux de mandats présidentielles, a perdu la présidence du CSM : les deux formations du CSM, selon le nouveau texte constitutionnel, sont présidées par le Président de la Cour de Cassation et le Procureur Général de la Cour de Cassation respectivement pour les magistrats du siège et pour les magistrats du parquet.

Cependant, soit la choix du gouvernement d'adopter le projet de révision originaire sans écouter l'avis du Conseil d'Etat selon lequel l'introduction d'une double présidence du CSM s'opposait au principe constitutionnel de l'unité de la juridiction, soit l'introduction d'un mécanisme de composition selon lequel le nombre des pas magistrats est supérieur à celle des magistrats nous induit, maintenant, à réfléchir sur ce que dans la loi il manque plutôt que sur ses innovations et à voir ces choix comme une cristallisation du rôle de l'autorité judiciaire et du principe de séparation des pouvoirs.

À la même manière, le CSM italien, introduit en 1947 et élevé au rang de pouvoir de l'État depuis sa création constitutionnelle¹⁵, il est au cœur d'une polémique sur la nature de ses fonctions et sur la possibilité de devenir un arbitre et un contre-pouvoir de l'union institutionnelle « majorité parlementaire et gouvernement: aussi en Italie ces préoccupations ont longtemps conditionné une interprétation restrictive du rôle du CSM.

L'histoire des institutions judiciaires italiennes et le totalitarisme de la période fasciste¹⁶ ont contribué à institutionnaliser non seulement le principe de l'administration de la justice en nom du peuple italien (101) 1° c., Cost, mais,

¹⁵ A.Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 1985.

¹⁶ En ce sens, G. Verde, *Il CSM italiano garante dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura*, en *L'ordinamento giudiziario, précit...*, 45 ss

surtout, l'interdiction absolue d'institutions des juges extraordinaires et spéciaux (102) 2° c., Cost, et, encore, le principe selon lequel les juges sont sujets seulement à la loi, 101, 2° c., Cost.

Le CSM discipliné par l'art. 105, donc, est apparu comme une révision de son homologue libéral, même si en réalité c'est une structure du tout nouveau: ce n'est pas seulement un organe de gestion mais un véritable organe constitutionnelle enchargée de gouverner la magistrature pour en assurer l'autonomie et d'indépendance par les autre pouvoir de l'État à travers l'exercice des fonctions concernant les engagements, les assignations, les déplacements, les promotions et les sanctions disciplinaires des magistrats.

L'histoire du CSM italien a été, cependant, exemplaire.

En effet, au début les fonctions du CSM sont été conçues comme principalement bureaucratiques et administratives en renvoyant à la conception d'une fonction d'application de la loi : les contingences du système politique italien, le danger du terrorisme¹⁷ et la carence d'équilibre entre les organes du pouvoir politique ont induit bientôt la magistrature à exercer un rôle créateur, « para-législatif » qui a exposé les magistrats aux conséquences d'un rôle politique et conduite le CSM à s'évoluer en organe de défense et de tutelle de l'organisation et d'indépendance de la magistrature surtout dans le cadre de la juridiction pénale¹⁸.

La loi n. 44 de 2002¹⁹ a représenté la réaction la plus évidente du pouvoir politique italien à l'action de la magistrature: intervenue à modifier le

¹⁷ Bessone, *Magistratura e sistema politico. L'inquietante scenario degli anni Ottanta*, en *Rassegna di diritto civile*, 1, 1985.

¹⁸ Il est symptomatique, en tel sens, en 1980 le meurtre de Vittorio Bachelet, vice-président du CSM par l'intermédiaire des terroristes.

¹⁹ La réforme en question a été précédée par multiples révisions législatives qui ont modifié la composition du CSM: la loi 695/1975 qu'il avait accrois de 21 à 30 le numéro des membres électifs et l'introduction du système basé sur les listes concourantes comme sujets de la compétition électorale; la loi 1/1981, en intervenant sur le mécanisme de la répartition préventive des sièges entre les magistrats appartenant aux catégories différentes, il avait dispose que fût le corps électoral à déterminer de fois en fois le numéro des conseillers magistrats de Tribunal et des magistrats de Cour d'Appel en faiblissant la position hiérarchique de la Cour de Cassation et en adaptant le mécanisme de composition aux changements intervenus entre les différentes catégories des magistrats et la substitution de la progression de carrière pour ancienneté avec la progression pour mérite.

mécanisme d'élection des membres en robe du CSM et sa composition, la loi peut être considérée comme le moment final d'une tendance du pouvoir politique à transformer les modalités d'élection des membres en robe en conséquences des exigences du système politique.

La séparation de l'élection des juges par celle des « Ministères Publics », la réduction de 24 à 20 des membres électifs, la détermination, parmi les membres électifs, d'un numéro fixe des composants proportionnelle à la consistance des catégories d'appartenance et, encore, l'abolition du système des listes concourantes, l'expression d'une préférence unique pour chaque candidat et l'institution de deux collèges nationaux pour l'élection des juges et des ministères publics plutôt des quatre collèges territoriaux, a marqué le passage d'un système électoral de liste à l'exclusion des associations des magistrats et, donc, à l'affaiblissement des courants d'appartenance du magistrat²⁰.

Les relations entre les associations des magistrats n'ont pas le même caractère des celles qui existent entre les partis politiques pour la spécificité du débat qui les anime, centrée exclusivement sur la nature de la fonction judiciaire et l'organisation de la justice: cependant, au moins jusqu'à la l'émanation de la loi 44/2002, la force de la représentation syndicale des membres en robe, on s'est traduit dans une suprématie de la Cour de Cassation qu'il a longtemps accrois la fonction de représentation de la magistrature à davantage de celle d'autonomie. La loi n° 42/2002 a sorti la séparation graduelle de l'ordre judiciaire et a accrois la dépendance de l'accusation publique du gouvernement²¹.

La loi n° 211 de 2007²² à modifiée les modalités de recrutement des magistrats,

²⁰ En ce sens, G. Ferri, *Magistratura e potere politico*, Padova, Cedam, 2005, 3 ss.

²¹ La doctrine italienne apparaît aujourd'hui encore très confuse sur l'efficacité de la réforme à propos de la séparation des carrières en se comparant, par un vers, les positionnes qu'ils la croient réalisée de manière effective [en ce sens, G. Silvestri, *Riforma dell'ordinamento giudiziario*, en *La magistratura nello Stato Costituzionale*, S. Gambino (cur.), Milano, 2004], par d'autre qu'ils la croient, au contraire, encore très faible (en ce sens, E. Fassone, *Non giudici ma burocrati* en *La nostra idea di giustizia, Le battaglie contro le leggi-vergogna, le nostre proposte per una riforma al servizio dei cittadini*, G. Azzariti (cur.), Torino, Giappichelli, 1999, 35. en *Quale riforma della Costituzione? Atti del seminario sul progetto di revisione della Costituzione*.

²² G. Di Federico, *Riforma dell'ordinamento giudiziario: modifiche alla Costituzione con legge ordinaria*, sur le site Internet www.forumcostituzionale.it L'auteur a mis en évidence comment la loi qui a réformé l'ordre judiciaire, en éliminant la progression de carrière pour titres, a de

a introduit l'évaluation professionnel des magistrats et l'élection du Conseil directeur de la Cour de Cassation et le Secrétariat général.

La Constitution italienne n'indique pas le numéro des membres du Conseil mais précise que deux tiers d'eux sont élus par tous les magistrats ordinaires entre les appartenant aux catégories différentes et pour un tiers du Parlement en séance commune entre les professeurs universitaires titulaires en matières juridiques et avocats après quinze jours d'exercice.

Le Conseil élit un vice-président entre les composants désignés par le Parlement: les membres électifs durent en charge quatre ans, ils ne sont pas rééligibles immédiatement et pendant le mandat ils ne peuvent pas être inscrits en associations professionnels ni prendre partie d'un Conseil régional.

Depuis l'émanation de la loi n. 44/2002, donc, huit membres sont élus du Parlement et seize de la magistrature ordinaire.

La présence des membres laïques apparaît, donc extrêmement considérable, surtout considérant qu'à un d'eux est confiée la fonction de vice-présidence²³.

La nomination des membres parlementaire doit être voué par la majorité des deux tiers du Parlement: la délibération, donc, est conditionnée par les rapports entre majorité et opposition parlementaire et montre comment la présence des membres laïques se puisse évoluer dans une forme de représentation directe du parlement chez le corps judiciaire en compromettant la fonction d'autonomie de la magistrature confiée au CSM, et comment la même action de la magistrature sois exposée aux contingences politiques et, pas de dernier, aux courants des partis politiques dominants.

fait éliminée aucunes des compétences attribuée par l'art. 105 de la Constitution au CSM en produisant une modification tacite de la Constitution par loi ordinaire.

²³ Il s'agit d'une circonstance considérable considérant qui la vice-présidence déroule, en pratique, les fonctions de la présidence et qui la présidence y a un caractère généralement symbolique d'exaltation du rôle du Président et de sa autonomie vers les autres pouvoirs de l'État. Cependant, pendant la présidence de Francesco Cossiga les relations entre le CSM et le Président de la République sont apparues délicates pour le tentative du Président Cossiga de de-légitimer le rôle d'un organe que, à son avis, il avait excessivement développé ses attributions, déterminent un moment institutionnel d'insécurité juridique profonde. En ce sens, M. Devoto, *Profili costituzionali del potere giudiziario*, en *Diritto e Società*, II, 1994; ce même auteur à publiée une détaillée descriptions du rôle du CSM italienne, en M. Devoto, *Il ruolo del Consiglio Superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale dello Stato*, A. Pizzorusso (cu.), Bologna, Il Mulino, 1974.

2. - La révision constitutionnelle du 21 juillet 2008 n°724, publiée sur le journal officiel de la République le 23 juillet représente la plus importante révision constitutionnelle réalisée dans l'État français par l'adoption de la Constitution de 1958 à la suite d'un complexe combat parlementaire d'amendements et navettes entre députés et sénateurs succédées pendant les huit mois de la présentation du projet originaire de la commission Balladur.

Les principales innovations introduites par la réforme concernent les organes du pouvoir exécutif, législatif, la citoyenneté²⁴: aussi l'art. 65 de la Constitution est dédié au CSM : le texte, comme dans la formulation précédente, distingue deux formations, une compétente pour les magistrats du siège, l'autre pour les magistrats du parquet, mais introduit des nouvelles règles concernant la composition et les compétences du Conseil.

Les principales innovations concernant la différente présidence et composition des deux formations, la réduction du nombre des magistrats en robe et

²⁴ En substance, en ce qui concerne le pouvoir exécutif, le Chef de l'État ne peut pas couvrir plus que deux mandats consécutifs; le droit de grâce collective est supprimé pendant qu'est maintenue celle individuelle. Le Chef de l'État peut s'adresser au Parlement réuni en Congrès en donnant lieu à un débat sans vote. Les députés qui abandonnent le Parlement peuvent retrouver le propre siège à la fin de leur mandat. Le gouvernement peut adopter la procédure du recours pour approuver une loi sans l'examen parlementaire une fois seulement pour session exceptionnelle pour le bilan national et la sûreté sociale. Le Chef de l'État n'est plus le Président du CSM. Par conséquent en ce qui concerne le pouvoir législatif, la loi établit que l'ordre du jour de l'assemblée est fixé pour moitié des mêmes députés et pas entièrement du gouvernement pendant que l'opposition peut fixer l'ordre du jour au moins pour une séance par mois. Le nombre des commissions permanentes est augmenté de 6 à 8 pour chaque assemblée. Les français résidents à l'étranger bénéficient d'une représentation en sein à l'assemblée à raison de 12 députés. Le président de l'assemblée peut déclarer pas recevable un amendement; à l'opposition il est reconnu plus temps de mot au Parlement et est prévue une autorisation parlementaire pour prolonger les opérations militaires à l'étranger. Il vient, en outre, introduit et institutionnalisé un référendum obligatoire pour chaque adhésion des nouveaux États membres à l'UE sauf qui soit votée à la majorité de 3/5 des deux chambres une motion que autorise le président à accepter la nouvelle adhésion. Par conséquent, en ce qui concerne la citoyenneté, la révision prévoit la possibilité de convoquer un référendum d'initiative populaire à la condition de réunir un nombre suffisant de souscriptions (1/10 du corps électoral et 1/5 des députés). Les langues régionales et l'égalité entre homme et femmes sont constitutionnalisées à travers la prévision de mesures aptes à garantir l'accès égal des femmes et des hommes aux opportunités de travail et professionnelles. Une institution très semblable à celle du défenseur civique italien et de l'ombudsman est introduit pour la tutelle des droits individuels devant l'administration publique. L'indépendance, le pluralisme et la liberté, la pluralité des opinions et la participation équitable de parti et des groupes politiques à la vie démocratique de la Nation apparaissent constitutionnalisées.

l'accroissement de celle des membres « étrangers » à la magistrature: la formation compétente pour les magistrats du siège est présidée par le Président de la Cour de Cassation et se compose de cinq magistrats du siège, un magistrat du parquet, un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, un avocat, six personnalités qualifiées qui n'appartiennent pas ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif. Le Président de la République, le Président de l'assemblée Nationale et le Président du Sénat désignent chacun deux personnalités qualifiées. Les nominations effectuées par le Président de chacun des deux branches au Parlement sont soumises à l'avis de la commission compétente.

La formation compétente pour les magistrats du parquet est présidée par le Procureur général de la Cour de Cassation et il se compose de cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège, un conseiller désigné par le Conseil d'État, un avocat et six personnalités nommées comme dans la formation précédente.

Le CSM en formation plénière se réunit pour répondre aux demandes d'avis formulés du Chef de l'État et pour répondre aux questions déontologiques concernant les magistrats et le fonctionnement de la justice proposées par le ministre de la justice.

La formation plénière est présidée par le premier Président de la Cour de Cassation et se compose de trois des cinq magistrats qui composent les deux formations, comme le conseiller d'État, l'avocat et les personnalités qui composent la formation du siège.

La loi introduit une hypothèse de recours direct au CSM qui consent aux accusés au cours d'un procès de recourir au CSM directement sous les conditions fixées par une loi organique.

Les compétences des deux formations restent différenciées substantiellement: à la formation compétente pour les magistrats du siège, en effet, est reconnu un pouvoir de proposition pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de Cassation, pour celles du premier président de Cour d'appel et du président de tribunal de grande instance. Les autres magistrats sont nommés conforme à son avis.

La formation compétente pour les magistrats du parquet détient, au revanche, seulement un pouvoir de formuler avis sur les nominations qui concernent les magistrats du parquet.

La position du Président de la République et celle du ministre de la Justice changent radicalement : le premier n'est pas titulaire de la présidence du CSM, le deuxième n'est pas plus un membre de droit du Conseil et sa participation est « admis » dans les délibérations pour la formation du Conseil à l'exception que dans les séances concernant l'adoption de sanctions disciplinaires ou la discussion des questions disciplinaires.

3. - Aujourd'hui, encore, la difficulté d'encadrer la physionomie du CSM dépend de la diversification des activités que cette organe a développé et exercé pendant son activité à partir de son institution: soit en Italie, soit en France, le renforcement des attributions reconnues au CSM et, surtout, l'élaboration d'une activité para normative du CSM ont mené la doctrine à osciller entre la qualification d'un organe administrative caractérisée par une importante autonomie fonctionnelle et celle d'un particulier organe constitutionnel.

La comparaison entre le modèle italien et française du CSM montre que cette évolution fonctionnelle a détruit progressivement mais définitivement l'image d'un organe exclusivement bureaucratique et que les compétences constitutionnelles d'organisation et de gestion se confrontent nécessairement avec les exigences d'autonomie.

« La double référence constitutionnelle, à la magistrature comme ordre et aux juges singulièrement, - contenu dans la Constitution italienne - souligne l'existence des exigences d'indépendance soit à l'extérieur que à l'intérieur du corps judiciaire. Garantir l'indépendance des magistrats signifie, en effet, tenir les magistrats à l'abri de directives ou adresses provenaient d'autres pouvoirs de l'État... mais il signifie aussi exclure une organisation judiciaire de type hiérarchique ou supérieur - qui produit - ... un assujettissement du magistrat aussi, ou de l'organe judiciaire dans son complexe, aux ordres et adresses de

l'organe judiciaire plus élevé »²⁵.

En ce sens, on peut dire que la particularité du modèle italien du CSM dépend de la caractérisation que le principe d'indépendance de la magistrature a assumé dans les derniers ans pour l'exigence de garantir l'indépendance intérieure des magistrats avant que celle externe.

Mais, de même façon, « le mouvement pendulaire de l'histoire du CSM français manifesté à travers la réalisation de réformes constitutionnelles cycliques aptes à valoriser le rôle du Conseil supérieur à la garantie d'indépendance extérieure de la magistrature est cohérente avec la tendance des rapports entre le gouvernement et le judiciaire en France et, plus en général dans les systèmes de *civil law*, à relever comme nécessaire la présence d'instances collégiales indépendantes dans les rapports entre gouvernement et magistrature, à travers gradations différentes qui vont de simples interventions consultatives à plusieurs formes articulées de participation et de décision »²⁶.

Les compétences des deux organes, italien et français sont considérablement différents, mais on peut affirmer qu'il existe une similitude indubitable à propos du pouvoir de nomination e/o de contrôle des nominations²⁷ et du pouvoir

²⁵ E.B. Liberati, L. Pepino, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio Superiore*, Milano, Feltrinelli, 1998, 87.

²⁶ La réflexion est de L. Montanari, *Il governo della magistratura in Francia*, Padova, Cedam, 1998, *introduzione*.

²⁷ En Italie la sélection des magistrats ordinaires appartient au Conseil qui doit la concerter avec le ministre de la justice: en pratique il impose ses choix et il détient le dernier mot en cas de désaccord. En France, le Conseil partage son pouvoir avec le pouvoir exécutif et avec les hautes juridictions même si maintient un rôle déterminant. Jusqu'à la dernière réforme, le CSM a proposé au Président de la République la nomination des juges de la Cour de Cassation, des premiers présidents de la Cour d'appel et des tribunaux de grande instance et il donnait son avis sur les propositions de nomination du ministre de la justice. Le ministre de la Justice n'est pas plus de membre de droit du Conseil actuellement et « il peut participer aux séances du Conseil »: la fonction de vice-présidence n'est pas indiquée par la disposition constitutionnelle et il sera, probablement disciplinée par la loi organique. Le CSM récupère une autonomie ample, donc, vraiment en relation aux procédés de nomination de ses membres soit à travers la réduction de trois à deux des membres nommés du Président de la République et des Présidents des deux chambres au Parlement soit à travers l'attribution d'un pouvoir plus ample de contrôle sur les nominations. La révision constitutionnelle a reçue en particulier, les profils d'inconstitutionnalité relevés par le Conseil Constitutionnel dans la décision n° 2007-551 du 1^{er} mars 2007 à propos du recrutement, formation et discipline des magistrats: en effet, les articles 24-35 de la loi organique 94-100, sur la nomination de droit des procureurs généraux près des cours d'appel indiquaient aucunes conditions d'ancienneté à la fonction d'avocats généraux de la Cour de Cassation qu'ils ont été censurés. Les deux articles ont été définies contraires au second alinéa de l'art. 65 de la Constitution dans la précédente formulation selon qui « la

discipliner²⁸: à ces compétences s'ajoutent celles-là assumée par le CSM dans l'exercice de fonctions de garantie d'indépendance et d'autonomie des magistrats comme le pouvoir réglementer et les attributions concernant la formation de la magistrature.

En ce qui concerne la formulation de recommandations qui peuvent être représentées au CSM, au contraire, il y a encore une différence nette entre le CSM italien et français.

En matière disciplinaire, le CSM français exerce compétences bien plus amples de son homologue italien mais les deux les systèmes sont un véritable mécanisme de juridiction qui montre une phase procédural et une phase de décision: les compétences disciplinaires du dernier révision constitutionnelle française ont cristallisé une forte réduction du rôle du ministre de la justice qui peut prendre part aux séances du Conseil à exception de celles relatives à l'adoption de mesures disciplinaires.

Il s'agit d'une constitutionnalisation de la pratique diffusé sous le précédent texte constitutionnel selon lequel en relation au parquet, si le Conseil n'eût pas rendu qu'un avis au ministre de la justice, pour adopter une sanction plus grave de celle-là prévue par le Conseil, le ministre aurait dû demander un nouveau avis au Conseil.

Donc n'existe pas un pouvoir disciplinaire des magistrats supérieur au CSM mais les mesures disciplinaires, au même de tous les autres actes du CSM, sont justiciables devant le Conseil d'État²⁹.

formation du Conseil Supérieur de la magistrature compétente pour le siège donne son avis pour les nominations qui concernent les magistrats du parquet, à exception des emplois pour laquelle il est prévu dans le Conseil des Ministres ». En effets cette discipline introduise une nomination de droit à travers un simple décret présidentiel d'un magistrat comme avocat général près de la Cour de Cassation en vidant d'efficacité l'avis du Conseil. L'art 65 de la Constitution actuel, en effet, reconnaît à la formation du parquet un pouvoir général de formuler avis en ordre aux nominations concernant les magistrats du parquet.

²⁸ La réforme française du 1993, en ce sens, il a réalisé un rapprochement à la discipline italienne du CSM en transférant au Conseil aucunes ses de compétences concernant l'avancement des carrières des juges et la matière disciplinaire.

²⁹ Le caractère justiciable des actes de la magistrature et du CSM devant le Conseil d'État renvoie au débat typiquement français sur la qualification de la magistrature comme service public de la juridiction « ordinaire » et sur la qualification du CSM comme autorité administrative. Le thème, amplement débattu en France, il est étudié aussi analytiquement en Italie. En tel sens, M. Calamo Specchia, en *Libertà pluralistiche e pubblici poteri*, Torino,

Aussi dans le système italien le CSM ne peut pas adopter une sanction disciplinaire aux magistrats sans le procédé disciplinaire: toutes les décisions du juge disciplinaire sont contestables devant les Sections Unies de la Cour de Cassation.

Le poids de la juridiction disciplinaire en Italie est accru considérablement dans les derniers ans non seulement pour raisons liées à la sauvegarde d'impartialité et d'indépendance, mais aussi pour raisons techniques comme les carences législatives, le dysfonctionnement du système d'autonomie et les tensions institutionnelles qui ont investi la juridiction³⁰.

« Le jugement disciplinaire est devenu le point de confluence des principales tensions engendrées par l'action de la magistrature dans la période des procès pour faits de corruption et de politique-administrative. ... beaucoup de dieux protagonistes de cette période ont été soumis au jugement disciplinaire... pour déclarations rendues à la presse ou pour conduites procédurales tenues en procès devenus incandescents pour la qualité des accusés et pour leur capacité élevée de réaction aux initiatives de la magistrature »³¹.

Le pouvoir réglementaire du CSM italien qui, selon l'art. 105 de la Constitution est tenu à exercer ses fonctions concernant le statut des magistrats en application des règles de l'organisation judiciaire, a produit la création de principes et règles qui ont rempli les lacunes des dispositions législatives en matière d'organisation judiciaire: directives, circulaires et règlements du Conseil³² ont été considérés comme l'expression d'une activité interprétative/intégrative de la législation en vigueur qui a, cependant,

Giappichelli, 1999 e L. Montanari, en *Il Governo della magistratura in Francia, précit.*, 325 ss.

³⁰ Pour un encadrement de la fonction disciplinaire d'une perspective fonctionnelle et historique, V. , M. Devoto, *Giudizio disciplinare ed indipendenza dei magistrati*, en *Giur. it.*, 1972, I, 47 ss; G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, 416 ss; C. Taormina, *Autogoverno della Magistratura, esercizio del potere disciplinare e Riforme del CSM*, en *La Giustizia Penale*, 1994, III, 44 ss.

³¹ N. Rossi, *Il potere disciplinare*, en *Il Consiglio Superiore della magistratura, Aspetti costituzionali e prospettive di riforma, précit.*, 73.

³² À propos de la typologie des actes du Conseil, voir, n. 111 des Quaderni du C.S.M. dédiée à les "*Circolari, risoluzioni e delibere del Consiglio Superiore della Magistratura*", octobre 1998-septembre 1999.

conditionné, soit la validité et la position des actes du Conseil soit la nature de leurs effets et les comportements de leurs destinataires³³.

Le développement de cette activité et l'affirmation d'une pratique *praeter legem* qui a assumé dimensions quantitatives relevant il a opposé d'un côté les partisans de la légitimité d'un pouvoir normatif du CSM, fondée sur les dispositions constitutionnelles et la position assignée au Conseil, et d'autre côté les partisans de la thèse selon laquelle cette compétence se traduit en une déviation du texte constitutionnel nécessaire à la réalisation de valeurs constitutionnelles d'autonomie et d'indépendance de la magistrature³⁴.

4. - C'est indubitable que la multiplication des compétences et des fonctions du CSM expriment une tendance du Conseil à s'évoluer soit comme un organe d'autonomie soit comme la réponse matérielle à une exigence du constitutionnalisme démocratique qui consiste dans la création de mécanismes institutionnels de garantie d'indépendance des pouvoirs politiques.

Ce principe est maintenant tellement reconnu et actualisé au point d'être systématiquement reproduit aussi dans les constitutions des États autoritaires pour légitimer le pouvoir national et étatique.

Cependant, l'effectivité de ce principe est liée à un complexe bien plus ample de dispositions qui constituent l'ordre judiciaire, en particulier, à son statut et au concept de magistrature.

Le but primaire de la garantie d'indépendance du juge consiste à éviter que les décisions des juges et du CSM aient le caractère des rétorsions pour décisions politiques importunes: les systèmes de *common law*, en suite de l'affirmation de la *constituency* américaine ont répondu à cette exigence avec la durée à vie du mandat, comme déjà à la fin de 1700 il était suggéré par un des pères fondateurs

³³ En les exprimant sur la nature et sur la fonction para-normative du CSM et sur le rapport entre la réserve de loi de l'art. 105 et le pouvoir normatif du CSM, la Cour constitutionnelle, dans la décision 72/1991 a affirmé que: 1. la réserve de loi en question ne peut pas être conçue comme absolue; 2. le législateur ne peut pas se pousser dans la détermination des critères jusqu'à rendre étroitement exécutive les choix du CSM.

³⁴ Rossi, *Il potere disciplinare*, en *Il Consiglio Superiore della magistratura, Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, précit., 73.

de la Constitution Américaine³⁵, et avec la construction d'un corps judiciaire pas bureaucratique et pas hiérarchique; au revanche, dans les systèmes de *civil law*, où la magistrature c'est un corps bureaucratique composé par jeunes qui accèdent à l'exercice de la fonction juridictionnelle pour concours en âge jeune en se introduisant à l'intérieur d'un système de carrière hiérarchique, la réponse à cette exigence est donnée de l'inamovibilité, un principe d'organisation de la magistrature qui se complète et qui s'enrichit, au niveau matériel, à travers le principe du juge naturel et préconstitué qui nous trouvons, par exemple, dans l'art. 25 de la Constitution italienne.

Dans l'ordre juridique italien, à travers ce principe le magistrat peut être soumis seulement à un déplacement de siège ou à une variation de fonctions avec son consentement et à la suite d'une délibération du CSM: ce dernier a le pouvoir de la changer en cas de suppression de la juridiction d'appartenance du magistrat ou quand il se trouve en conditions qui ne lui permettent pas d'exercer sa fonction de manière impartiale et indépendante à cause d'incompatibilités ambiantes et fonctionnelles.

Il s'agit d'une mesure différente de celle du déplacement comme sanction disciplinaire : cette dernière, en effet, est le produit d'un procès disciplinaire, tandis que la première est une mesure conservative de la fonction judiciaire adoptée pendant le procès disciplinaire pour anticiper, en voie d'urgence, la production des effets qui s'obtiendraient à l'adoption de la mesure finale et qu'est adoptée par le Procureur Général formellement près de la Cour de Cassation.

À travers ce mécanisme se réalise une déroge au principe de l'inamovibilité justifiée par la nécessité primaire d'assurer un exercice indépendant et impartial des fonctions du magistrat.

Cependant, on ne peut pas se taire que l'histoire d'indépendance de la magistrature italienne est liée au fil double aux les résultats et les orientations que l'action de la magistrature italienne a montrée à partir de la fin des ans

³⁵ On trouve ici la théorie de A. Hamilton, *Federalista n. 78 (1787)*, en *Il Federalista*, trad. it. M. D'Addio e G. Negri (cur.), Bologna, Il Mulino, 1982

quatre-vingt-dix et de l'enquête « mani pulite » avec laquelle le corps judiciaire à inauguré une dure répression de la corruption du système politique italien et un procès politique de réforme de la magistrature qui le gouvernement actuel en charge, suffisamment soutenu par une majorité stable, sera apte à conclure de manière plus définitive en consacrant la sujétion institutionnelle de la magistrature au pouvoir exécutif à travers une aggravation de la responsabilité individuelle des magistrats et une correspondante lésion du corporatisme associatif des ces derniers.

Le débat sur l'excès d'autonomie de la magistrature en Italie a été alimenté par ces contingences historiques qui, avant de se référer aux situations réelles d'excès de pouvoir ont traduit les préoccupations des politiciens, et, encore plus gravement des principaux représentants des organes constitutionnels: le problème est monté aux premières places de l'agenda politique des gouvernements succédés dans les derniers deux décennies quand les responsabilités soulevées par la magistrature ont entamé l'intégrité de la représentation politique et sa légitimation démocratique.

C'est celui-ci précisément le contexte dans lequel doivent être analysés les orientations politiques qui ont justifiée un interprétation restrictive des pouvoirs du CSM.

Les dernières décennies de la vie politique italienne sont étés caractérisées par une instabilité institutionnelle intense: cependant, les échanges de gouvernement, les chutes et les démissions de gouvernements ne légitimées pas démocratiquement n'ont pas empêché la formation d'une classe politique stable et immuable qui a suscité la renaissance d'une réflexion sur le lien entre éthique et politique et entre pouvoir et autorité et il a souligné l'existence d'une véritable perversion de l'activité politique et d'une tendance à la personnalisation des fonctions publiques: la même fonction d'adresse politique est dégénérée et se concentre principalement sur les modalités de réorganisation des pouvoirs et des charges de l'État tandis que la satisfaction des besoins et des intérêts des collectivités est devenue une activité exclusivement technique, subordonnée à l'ajustement de l'ordre juridique aux

exigences de la nouvelle classe politique.

Dans un contexte économique « à croissance zéro » et à « démocratie bloquée » le contexte italien politique et social a produit des conditions favorables au développement de phénomènes de mafia, mécanismes de corruption et la standardisation des solutions extranationales pour compenser la carence de sécurisation nationale: en ce cadre, l'activisme judiciaire a représenté l'expression de la dernière frange démocratique de l'organisation nationale.

Le débat autour l'interventionnisme judiciaire a donné vie à solutions différentes du passé qui ont manifesté une nécessité politique de changer la magistrature.

Au moins jusqu'à la réforme de 2002 le contrôle politique de la magistrature des organes du gouvernement était principalement réalisé à travers le contrôle des mécanismes électoraux: la discipline du système électoral et de la composition du CSM a représenté le principal canal d'influence de la politique sur la magistrature.

On peut constater que la loi n° 195/1958 a préservée l'hégémonie des magistrats de niveau plus élevé en syntonie avec la classe politique dominante et que la réforme du 1975 a produit une ouverture pluraliste dans la composition du CSM en favorisant l'introduction des « courants progressiste » en coïncidence d'une nouvelle phase historique, caractérisée par l'avènement du Parti Communiste au sein de la majorité politique gouvernementale.

De la même façon l'introduction du système proportionnel dans les ans quatre-vingt-dix et l'élargissement de la représentation des courants à l'intérieur du Conseil ont traduit les préoccupations d'une classe politique menacées par les initiatives invasives de la magistrature.

On pu vérifier, finalement, que la modification du système d'élection des membres en robe a répondu aux exigences de la classe politique à travers la réforme adoptée en 2002 avec laquelle la majorité gouvernementale née par la transformation du système politique-électoral réalisé en 1990, a réagi à l'offensive de la magistrature et aux interventions du CSM pour se défendre des enquêtes des magistrats qui avaient impliqué importants représentants du

monde politique.

Avec l'abolition du vote de liste la Casa delle Libertà a cherché de détruire l'associationnisme judiciaire et l'indépendance de l'ordre judiciaire en renforçant la subjectivité politique du CSM et a montré la nécessité d'un contrôle plus étroit sur l'activité de la magistrature.

L'essai n'a pas cependant produit les effets espérés et pour réduire les pouvoirs du CSM les partis de la majorité ont dû recourir à la réforme d'ordre judiciaire: il s'agit d'un fait nouveau, symptomatique de l'existence d'instruments plus incisifs pour influencer l'activité du CSM et réduire l'autonomie et l'indépendance de la magistrature.

Les réformes de l'ordre judiciaire approuvées entre le 1997 et le 2007³⁶ ont reformé la structure pyramidale de la magistrature et renforcé son organisation hiérarchique: la sélection à travers le concours des magistrats atténue la fonction de contrôle du juges et des ministères publics des plus hauts juridictions et produit un affaiblissement intérieur de la magistrature accentué par le système d'avancement « promotionnel » des carrières près des Cours d'Appel ou de Cour de Cassation.

La réforme a, donc tenté de dégarnir la première ligne de la magistrature, mis à la défense de la légalité pour affaiblir la fonction de contrôle de la magistrature sur l'action politique.

Dans cette perspective il semble que la position actuelle des ministères publics doive être regardée aussi: la loi n° 44/2002, en séparant l'élection des juges par celle-là des ministères publics peut, en effet, être interprétée plus que comme un moyen pour contenir le « poids » de la magistrature requiert dans le « gouvernement » de la magistrature plutôt que comme un premier tentative de dépasser graduellement l'unicité de l'ordre judiciaire, en détachant l'organe de l'accusation publique d'une position indépendance et en le plaçant dans une autre qui le rend bien plus influençable par le gouvernement.

Finalement, la standardisation des délits disciplinaires, les limitations

³⁶ Il s'agit du d.lgs. 17 novembre 1998, de la loi n. 48/2001, du d.lgs. 160/2006 et de la loi 211/2007

d'autonomie interprétative des juges³⁷, la standardisation des illicites « extra fonctionnelles » représentent la conséquence la plus visible de l'érosion des pouvoirs du CSM et d'une réduction de la fonction juridictionnelle italienne.

En effet, la standardisation des délits disciplinaires comporte une limitation du pouvoir discrétionnaire du CSM mais, il ne s'agit pas d'un index plus considérable de la réduction des pouvoirs du CSM.

À l'organe il appartient, en effet, l'assignation des fonctions d'appel et de légitimité: cependant, ce pouvoir est sujet à une obligation spécifique de motivation et à ce de respecter les listes de concours élaboré par une commission extérieure au CSM, pendant que, à l'égalité de score, l'assignation répond au critère de l'ancienneté.

La même procédure est prévue pour l'attribution des charges de direction qui est réduit à la ratification de résultats élaborés sur la base de listes extérieures et de qualités établies par la loi.

Dans la discipline des promotions, donc, le pouvoir du CSM est soumis à un régime qui réduit ses compétences établis par l'art. 105 de la Constitution et aussi par l'attribution à l'École supérieure de la Magistrature d'autres compétences qui ne sont pas attribuée par la Constitution directement au Conseil comme la gestion du stage, la formation des auditoires judiciaires, la formation et l'ajournement professionnel des magistrats.

Le fusion entre les réformes sur la composition et l'élection du CSM et l'administratisation législative des ses compétences et la réforme de l'ordre judiciaire montrent clairement que la volonté du pouvoir politique en matière de magistrature va bien au-delà de l'intention d'une modernisation ou d'une re-définition de l'ordre judiciaire: ce que vient en discussion sont les principes de la fonction juridictionnelle et sa conformité à la dictée constitutionnelle et à la forme d'état.

Ces révisions actualisent le danger que cet organe perd sa fonction active de contrôle de l'ordre juridique et des pouvoirs publics au fin de garantir le respect

³⁷ Une limitation qui réalise une interdiction d'émettre décisions créatrices et d'utiliser des critères interprétatifs ne conformes pas à l'art. 12 des « preleggi ».

du principe de légalité et de coopération à la solution des conflits sociaux³⁸ ou qui cette fonction se transforme en un contrôle mécanique de l'application de la loi, « servant » à la fonction législative.

L'objectif de la majorité gouvernementale consiste dans la volonté de restaurer la primauté des organes politiques douées d'une légitimation démocratique et de réduire le rôle politique acquis par la magistrature, pas à travers une action visible et directe, mais à travers un procès démocratique imputable à l'organe législatif³⁹ qui consiste dans l'adoption de lois au contenu vague et ambigu pour obtenir le consentement de majorités hétérogènes à travers la stipulation d'accords avec des sujets étrangers au Parlement et en profitant de l'absence d'un contrôle sur la qualité des lois mêmes.

La magistrature, aussi, cesse d'être un pouvoir avec des fonctions de contrepoids actif vis-à-vis des autres pouvoirs et tend à devenir « un appareil de dirigeants enchargées d'exercer une activité déductif avec l'application d'un complexe de règles qualifiée comme donné »⁴⁰.

La majorité gouvernementale a donc réagi à la surexposition de la fonction juridictionnelle avec un geste opposé à ce des ans soixante-dix, quand il réagit aux initiatives de la magistrature de plus en plus pénétrante dans les différents secteurs de l'administration en les ouvrant vis-à-vis de la magistrature et en introduisant le vote de liste laïque pour favoriser l'associationnisme judiciaire et la participation des juges à la vie sociale.

Dans les États contemporains qui enregistrent «l'éclipse de l'idée de la souveraineté intérieure comme pouvoir suprême exercé par un centre politique unique»⁴¹ et l'affirmation des systèmes supranational «l'activité interprétative est publiquement devenue une partie de l'activité de formation de l'ordre, parce

³⁸ P. Barcellona, *Stato e magistratura nella crisi. Forma della conflittualità e apparati di mediazione*, Venezia, 1979, 42; mais aussi P. Borgna, M. Cassano, *Il giudice e li principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, 1997, 57 ss.

³⁹ En ce sens, G. Ferri, *Magistratura e potere politico, précit.*, 426-427.

⁴⁰ M. Dogliani, *La formazione dei magistrati*, en *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, B. Caravita (cur.), Roma-Bari, Laterza, 194, 56.

⁴¹ G. Bognetti, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, 1994, 65 ss e 86 ss.

que la législation n'exige plus de se soutenir tout seul, séparément de son application »⁴².

La fonction juridictionnelle, donc, est qualifiée au rang d'une activité ordonnante et constructive qui participe à la construction du système politique: mais, si est telle, elle ne peut pas échapper à un contrôle éminemment politique et à l'acceptation d'un statut dépendant de la conception gouvernementale de la justice et de la magistrature.

5. - La situation qui nous trouvons dans l'ordre juridique français est seulement en apparence différent: la garantie d'indépendance de la magistrature française, en effet, montre clairement les effets d'un statut « dépendant » de la justice française⁴³.

Cette subordination dépend de l'attachement de la magistrature aux principes constitutionnels originaires de la séparation des pouvoirs⁴⁴ et de la résistance conceptuelle, typique de l'ordre français, à reconnaître à la justice l'essence d'un « pouvoir » judiciaire.

La dernière révision constitutionnelle semble avoir profondément intéressé la structure du CSM français mais, pour vérifier son impact sur l'indépendance et l'autonomie de l'organe il faudra attendre la loi organique qui en disciplinera les modalités d'exercice.

En conséquence, maintenant, les innovations peuvent être analysées à la lumière des exigences de fonctionnement manifestées par le modèle précédent mais aussi de « l'iperprésidentialisme » contingent qui caractérise la forme de gouvernement français: en ce sens, la réforme du CSM peut être interprétée comme une tentative de légitimation de l'iperprésidentialisme à travers une apparente cession du gouvernement de certaines pouvoirs de contrôle sur la magistrature et la cristallisation d'un équilibre constitutionnelle apparemment

⁴² M. Dogliani, *La formazione dei magistrati, précit.*, 146.

⁴³ Cette évaluation appartient à J. Muñoz Mellado, *Le Conseil Supérieur de la Magistrature, entre indépendance et contrôle politique, Études comparée des conseils espagnol, française et italien*, Mémoire Master II recherche *Droit Public Fondamental*, Université Montesquieu Bordeaux IV, Bibliothèque Droit Public, 2006/2007, 45.

⁴⁴ L. Chevalier, *La séparations des pouvoirs*, en *La continuité constitutionnelle en France*,

renouvelé mais conduite à travers une réinterprétation de l'ancien principe de séparation des pouvoirs.

Toutefois, en France et en Italie, le rapport entre le gouvernement et le judiciaire et entre indépendance de la magistrature et contrôle du gouvernement démontre une cyclicité constitutionnelle qui ne peut pas être caché: l'histoire de la magistrature comme « presque pouvoir/quasi autorité » judiciaire français se répercute sur la configuration actuelle du CSM et sur les attentes de la plus grande indépendance.

Si, en effet, l'histoire des démocraties européennes et de l'émanation des constitutions pluralistes en suite du second conflit mondial a souligné une tendance générale à la non participation du Chef de l'État et du ministre de la justice aux activités du CSM⁴⁵, on ne peut pas affirmer que les attributions du Président de la République française soient restées purement formelles.

En outre, soit la révision de 1993 soit la loi organique de 1994 n'ont pas encoché ni la compétence du Chef de l'État ni celle du ministre de la justice.

Le Chef de l'État a surtout exercé de manière influente les pouvoirs de nomination des composants du CSM et dans le cadre de l'assemblée plénière.

De la même façon, on peut remarquer comme les attributions et les pouvoirs de contrôle sur le CSM du ministre de la justice soient accrus dans le temps proportionnellement à l'extension des compétences de la magistrature requérant : le ministre de la justice a représenté la tête hiérarchique de la magistrature requérant responsable devant l'assemblée nationale de la politique de la magistrature pénale.

Aussi l'introduction d'un secrétaire administratif du CSM directement nommé par le Président de la République, placé en condition de détachement de la magistrature pour toute la durée du mandat montre l'intensité de l'influence exercée par le Chef de l'État sur l'activité du CSM.

1789-1989, Paris, Economica, 1989, 141,

⁴⁵ À cet égard, intéressant la perspective comparative proposée par S. Gambino (cur.), *La magistratura nello Stato costituzionale, Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004.

Le contre-poids de cette influence ont été représenté par la présence des membres laïques en sein au Conseil, soumis à un statut commun aux deux formations qu'ont aussi renforcé l'unité de l'organe à l'extérieur sans altérer l'influence du pouvoir exécutif à cause de la leur consistance numérique minoritaire, de la nature administrative et technique des procédures pour leur nomination et de l'attribution du pouvoir de nomination au Président de la République et aux Présidents des deux chambres au Parlement.

La réforme de 1993 est apparue aux contemporains comme la première étape d'un ample procès d'émancipation du pouvoir exécutif du CSM: cependant, l'insuccès du projet de révision constitutionnelle de 1998 montre clairement que à l'intérieur l'équilibre entre les pouvoirs n'a pas encore réalisé des transformations si profondes à permettre une consistante revitalisation de la magistrature.

L'échec de ce révision, en effet, fut déterminée par la décision du Président de la République de renvoyer techniquement *sine die* la discussion du projet devant le congrès à cause des multiples déclarations des forces parlementaires de voter contre la révision constitutionnelle.

En 1998, sur la base du rapport sur l'état de la justice rédigé par la Commission Truche, le ministre de la justice Guigou a présenté un projet de révision constitutionnelle qui fut approuvé: la révision a contribué à renforcer dans l'ensemble l'indépendance de la justice à travers la modification de sa composition, en maintenant les deux formations distinctes mais en institutionnalisant la pratique de la formation plénière et l'égalisation du rôle des magistrats en robe et de ceux laïques pour contenir les effets du corporatisme judiciaire⁴⁶.

Sur le front des nominations, la réforme n'a modifié pas le mécanisme du siège

⁴⁶ Les exigences d'ouverture de la magistrature au monde social ont été averties en Italie en même temps, s'il se tient compte que en 1997 le projet de loi constitutionnel 2059/1997 proposait une modification du rapport numérique entre membres laïques et en robe au avantage de la plus grande consistance des premiers sur les deuxièmes. Une partie prépondérante de la doctrine politique italienne du temps dénonçait la nécessité de sauvegarder l'indépendance et l'autonomie des magistrats mais aussi le lien de ces derniers avec la démocratie pour éviter que la magistrature se transforme en un contre-pouvoir de l'État.

tandis que a attribué un pouvoir forte au ministre sur les nominations du parquet en subordonnant, légalement, l'avancement de carrière de ces derniers à la conduite d'une action pénale favorable à l'action gouvernementale.

La disparité entre le siège et le parquet fut accentuée et renforcée aussi sur le versant disciplinaire: pendant que, en effet, vis-à-vis du siège le CSM apparaissait comme une juridiction indépendante pour le siège, pour le parquet se limitait à opérer comme un organe consultatif compétent à formuler un avis sur les décisions du ministre.

L'histoire du CSM français, donc, à l'égal de cette italienne, a manifesté une tendance contemporaine à réduire les pouvoirs de CSM en matière de gestion de la magistrature à travers une réduction progressive d'autonomie du pouvoir judiciaire. Cette tendance s'est prolongé de manière continue au moins jusqu'au 1993 en se fondant sur deux principes de la pensée constitutionnelle française: la nature de la fonction juridictionnelle et l'incompatibilité d'autonomie judiciaire avec la démocratie.

Les deux thématiques sont intimement liées : pas seulement le juge est dispensé par la production de nouvelles règles mais il n'est pas qualifié à intervenir dans les questions et les domaines politiques⁴⁷.

C'est ça la raison pour lequel les constituants Français ont choisi de privilégier le contrôle politique sur l'indépendance de la magistrature⁴⁸.

Selon cette position, les juges doivent veiller sur le respect des règles, les interpréter, parfois remplir les lacunes ou remplacer à leur absence de manière impartiale et conforme au rôle à eux attribués par la Constitution: le respect de cette limite cognitive, axiologique et le est indispensable pour garantir une actualisation constante des fondements théoriques de la fonction juridictionnelle, qui sont hostiles et incompatibles avec l'autonomie autoréférentielle de la magistrature et d'un pouvoir judiciaire.

En suivant ce raisonnement, en effet, on comprend que la légitimation

⁴⁷ I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle: Contribution à une anale des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz, 2005, 223 ss.

⁴⁸ P. Ramadier, *Intervention à l'Assemblée Nationale Constituante*, 2ème séance du 10 septembre 1946, 3593

d'autonomie des juges, à travers un procédé axiologique et fonctionnelle identique à celui-là décrit, mais de signe opposé, contribuerait à légitimer et à régulariser l'idée d'un pouvoir judiciaire contraire à l'histoire constitutionnelle française: en outre, l'activité d'une justice dépositaire d'une délégation directe de pouvoir souverain paraît incompatible avec la conception même de la démocratie affirmée par l'histoire de l'état représentatif et de droit⁴⁹.

À ce point donc on s'y demande si la dernière révision constitutionnelle approuvée pour moderniser les institutions françaises, qu'a formellement réduit l'ingérence du pouvoir exécutif dans la composition du CSM, introduit une saisine direct au CSM et rééquilibre le rapport entre les magistrats en robe et les laïques ait éraflé cette conception de la fonction juridictionnelle et de la souveraineté nationale française.

Il semble évident que dans la phase actuelle, la question ne peut pas recevoir une réponse parfaite mais les considérations déroulées à propos du caractère cyclique de l'histoire constitutionnelle française et de la caractérisation présidentielle convaincue de la forme de gouvernement, empêchent de regarder à la révision constitutionnelle comme à un événement tellement révolutionnaire.

Conclusions.

Il semble possible affirmer que les réformes qui sont en train d'intéresser le CSM et le système judiciaire, en Italie comme en France, ils constituent le résultat d'un phénomène institutionnel, sociétaire et politique qui ne tend seulement pas à tracer nouvelles frontières entre la politique et le droit, mais à affaiblir le système des contrôles sur le pouvoir politique en préfigurant une démocratie « radicale » dans laquelle la majorité gouvernementale ou présidentielle, vivement légitimée par le corps électoral, se met dans une position de suprématie à l'intérieur du système constitutionnel, en absence des autres organes de contrepoids que, contrôlé par la majorité même, soient

⁴⁹ La thématique est chère à M. Troper, *Le pouvoir judiciaire et la démocratie, Liberté, justice, tolérance*, Mélanges e Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, 2004, II, 1571 ss.

expression de la souveraineté populaire⁵⁰.

Le procédé extraparlémentaire de formation de la majorité gouvernementale, qui se concrétise dans l'élection du Président du Conseil des ministres et en celle du Président de la République, prive le gouvernement parlementaire de ses attributs représentatifs et il favorise une présidentialisation du gouvernement qui expose la démocratie même au danger de la «démocratie de mandat» d'inspiration plébiscitaire.

⁵⁰ G. Ferri, *Magistratura e potere politico, précit.*, 443.