

# SÉNAT

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1977-1978

Annexe au procès-verbal de la séance du 3 avril 1978.

## PROPOSITION DE LOI ORGANIQUE

*tendant à abroger certaines dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature,*

PRÉSENTÉE

Par M. Etienne DAILLY,  
Sénateur.

*(Renvoyée à la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)*

Mesdames, Messieurs,

Notre Constitution est fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs, consistant à confier à trois organes différents le soin de faire les lois, de les exécuter et de juger les différends auxquels peut donner lieu leur application ou leur violation.

Il en résulte que les magistrats, auxquels incombe cette dernière fonction, occupent, parmi les agents publics, une place spécifique et sont régis par un statut assurant leur indépendance mais leur imposant, en contrepartie, des obligations particulières.

Sur le plan de l'action collective, toutes délibérations politiques leur sont interdites, en application de l'article 10 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

D'autre part, aux termes de l'article 9 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, « l'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice d'un mandat au Parlement et au Conseil économique et social.

« Le magistrat dont le conjoint exerce ce mandat sera mis d'office en position de disponibilité.

« L'exercice des fonctions de magistrat est également incompatible avec l'exercice d'un mandat de conseiller général ou municipal dans le ressort de la juridiction à laquelle appartient le magistrat.

« Nul ne peut être nommé magistrat ni le demeurer dans une juridiction dans le ressort de laquelle il aura exercé, depuis moins de cinq ans, une fonction publique élective visée au présent article ou fait acte de candidature à l'un de ces mandats depuis moins de trois ans. »

Justifiées par la volonté d'assurer la séparation des pouvoirs en évitant toute interférence entre les fonctions judiciaires, d'une part, et des fonctions électives, d'autre part, les dispositions de cet article, dont le principe même ne saurait être remis en cause, semblent aller très au-delà du but recherché, et causent, dans certains cas, un préjudice aussi considérable qu'injustifié aux magistrats qui en font l'objet.

C'est le cas, notamment, du deuxième alinéa, aux termes duquel le magistrat dont le conjoint exerce un mandat au Parlement ou au Conseil économique et social est mis d'office en position de disponibilité.

Rien, en effet, ne permet à ce magistrat de s'opposer de quelque manière que ce soit à l'exercice par son conjoint de toute activité, quelle qu'elle puisse être, la loi du 13 juillet 1965 ayant à cet égard supprimé les dispositions de l'article 223 du Code civil permettant au mari de s'opposer à l'exercice d'une profession par son épouse.

Cette disposition est d'autant plus inéquitable qu'elle place le magistrat qui en fait l'objet dans une situation plus défavorable que s'il était lui-même élu député, ou sénateur, ou désigné comme membre du Conseil économique et social.

En effet, en application de l'article 11 de la loi du 16 janvier 1950 relative à l'organisation des pouvoirs publics, et de l'article 4 du décret du 14 février 1959 relatif au régime particulier de certaines positions de fonctionnaires, le ministre de la Justice place les magistrats élus députés ou sénateurs en position de détachement, leur permettant ainsi de continuer à bénéficier de leurs droits à la retraite. En revanche, le malheureux conjoint d'un élu, mis en position de disponibilité, est privé de ses droits à la retraite et à l'avancement, ce qui conduit à une inégalité d'autant plus inadmissible qu'il n'en existe d'équivalent pour aucune autre catégorie d'agents de l'Etat.

Le troisième alinéa du même article dispose que l'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec un mandat de conseiller municipal ou de conseiller général dans le ressort de la juridiction à laquelle il appartient. Or l'article L. O. 133 du Code électoral stipule déjà que « ne peuvent être élus dans toute circonscription comprise dans le ressort dans lequel ils exercent ou dans lequel ils ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois :

« . . . . .

« 2° Les magistrats des cours d'appel ;

« . . . . .

« 4° Les magistrats des tribunaux ».

Ne pouvant être élus, les magistrats concernés ne sauraient *a fortiori* tomber sous le coup d'une incompatibilité. Cet alinéa semble donc inutile. Tout au plus pourrait-il s'appliquer aux magistrats à la Cour de Cassation, si l'on considère que le ressort de celle-ci s'étend à tout le territoire national. Mais il paraît plus exact de considérer que la Cour de Cassation, qui juge le droit et non le fait, n'a pas, à proprement parler, de ressort, et que cette disposition n'est pas applicable en l'occurrence. En tout état de cause, il paraît excessif d'interdire aux magistrats de la Cour de Cassation l'exercice de tout mandat local.

Sans doute aurait-on pu envisager un autre cas d'application de l'incompatibilité ci-dessus énoncée : celui d'un magistrat des tribunaux ou des cours d'appel nommé dans le ressort où il exerce déjà une fonction élective. Mais cette hypothèse est exclue par l'alinéa suivant, aux termes duquel « nul ne peut être nommé magistrat ni le demeurer dans une juridiction dans le ressort de

laquelle il aura exercé, depuis moins de cinq ans, une fonction publique élective visée au présent article, ou fait acte de candidature à l'un de ces mandats depuis moins de trois ans ».

Il ne s'agit donc plus d'interdire à un magistrat d'être élu conseiller général ou municipal mais, à l'inverse, d'empêcher un conseiller général ou municipal, ou encore un ancien candidat battu à l'une de ces fonctions, d'être nommé dans une juridiction dans le ressort de laquelle il aura exercé ou tenté d'exercer un tel mandat électif.

La nécessité d'une telle interdiction n'est nullement évidente : s'il paraît légitime d'éviter qu'un magistrat puisse être accusé d'avoir usé de ses fonctions pour faire pression sur les électeurs, la réciprocité n'est pas exacte : le fait d'être élu local, de l'avoir été, ou d'avoir tenté de l'être, ne porte nullement atteinte en tant que tel à l'indépendance ni à la dignité d'un magistrat. Il va de soi, au surplus, que s'il apparaissait inopportun de nommer un magistrat dans tel ou tel tribunal ou cour d'appel dans lequel il exercerait ou aurait exercé ou tenté d'exercer des fonctions électives, il appartiendrait à l'autorité de nomination (c'est-à-dire le Président de la République, sur avis du Conseil supérieur de la Magistrature) de ne pas y procéder. Enfin, comme pour l'alinéa précédent, se pose le problème des magistrats à la Cour de Cassation. Si ce texte leur était applicable (ce qui, nous l'avons vu précédemment, n'est pas certain), il en résulterait que nul magistrat exerçant ou ayant exercé un mandat local en quelque point que ce soit du territoire national ne pourrait être nommé à la Cour de Cassation avant un délai de cinq ans, ou un délai de trois ans s'il a été candidat malheureux à un tel mandat. La gravité du préjudice de carrière en résultant pour l'intéressé est, à l'évidence, hors de proportion avec l'utilité, au demeurant discutable, d'une telle mesure, à laquelle, au surplus, il n'existe aucun équivalent pour les autres catégories d'agents publics, du moins en ce qui concerne les mandats locaux (1).

Au terme d'un examen approfondi de cet article, on ne peut, en définitive, que s'interroger sur les raisons qui ont conduit à l'adoption de dispositions parfois imprécises, souvent inéquitables et tendant, dans la généralité des cas, à résoudre des problèmes pouvant trouver par ailleurs leur solution dans des dispositions du Code électoral, ainsi que dans le pouvoir d'appréciation donné au Président de la République par la Constitution et les textes subséquents en matière de nomination des magistrats.

---

(1) En ce qui concerne les membres du Conseil d'Etat ayant exercé un mandat parlementaire le décret du 30 juillet 1963 prévoit, à l'expiration de ce mandat, leur mise en position de délégation pendant quatre ans à la disposition d'un ministre pour être chargé de missions d'études, d'inspection ou de contrôle, sans que l'intéressé soit affecté à aucune formation du Conseil d'Etat. Il ne semble pas, toutefois, que la tendance actuelle soit d'étendre aux magistrats de l'ordre judiciaire ce texte d'exception.

S'agissant d'une ordonnance, nul travail préparatoire ne vient, sur ce point, donner d'éclaircissement, et force est de constater, une fois de plus, l'imperfection des textes qui n'ont pas subi l'épreuve de la discussion parlementaire.

Fermeement attaché au principe de la séparation des pouvoirs, l'auteur de la présente proposition de loi estime nécessaire de maintenir le principe de l'incompatibilité entre les fonctions judiciaires et celles de membre du Parlement ou du Conseil économique et social, tel qu'il figure au premier alinéa de l'article 9 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, et est repris à l'article L. O. 140 du Code électoral.

Il vous propose, en revanche, d'abroger les autres dispositions de cet article, qui font peser sur les magistrats des sujétions d'autant plus excessives qu'elles n'apparaissent, en définitive, nullement nécessaires.

Une telle abrogation aurait pour effet, au surplus, de contribuer à dissiper le malaise qui, nul ne l'ignore, existe actuellement au sein de ce grand corps de l'État, à l'indépendance et à la dignité duquel il ne saurait assez être rendu hommage.

Telles sont les raisons pour lesquelles nous vous demandons d'adopter la présente proposition de loi organique :

## PROPOSITION DE LOI ORGANIQUE

### Article unique.

Les quatre derniers alinéas de l'article 9 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature sont abrogés.