

Le pouvoir exécutif et la Justice en France, l'échec du Pouvoir judiciaire sous la Révolution

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

L'évolution des relations entre pouvoir exécutif et Justice dans l'histoire constitutionnelle de la France semble, à première vue, démentir l'approche de ceux qui, depuis Carré de Malberg¹, cherchent dans les constitutions révolutionnaires les fondements conceptuels du droit public contemporain de la France. Le « pouvoir judiciaire », indépendant de l'Exécutif, dont parlait la constitution de 1791, n'annonce en rien l'« autorité judiciaire » qui, dans la constitution de 1958, se conjugue avec la nomination (et non l'élection comme sous la Révolution) des magistrats par le chef de l'État. Si l'on ajoute que la juridiction administrative, le Conseil supérieur de la magistrature et le Conseil constitutionnel sont des institutions apparues après la Révolution et, pour beaucoup d'entre elles, très éloignées dans leur substance des conceptions en honneur sous la Révolution, l'on mesure combien est grande la distance qui sépare notre temps des débuts du constitutionnalisme moderne, du moins sur ce terrain des relations entre l'Exécutif et la

Justice. En même temps, la période qui va de 1789 à 1814 continue à être considérée comme décisive pour l'histoire des institutions judiciaires en France² et, de manière plus conceptuelle et problématique, pour une évolution de longue durée caractérisée par la dépendance de la Justice à l'égard de l'Exécutif. Il ne suffit pas de dire que cette dépendance est subitement née entre 1799 et 1804, et qu'elle fait partie d'un « legs napoléonien », il faut aussi rappeler des sortes d'étapes intermédiaires, pendant la Révolution elle-même, qui ont conduit à ce « retournement » de l'indépendance à la dépendance. C'est en nuancant l'idée que l'Exécutif a été écarté de la Justice au début de la Révolution (1) que l'on peut remettre en perspective ce qui préfigure déjà, au cours de la Révolution, la pression exercée par l'Exécutif sur la Justice, une pression qui n'a pas complètement disparu de nos jours (2).

1. *L'idée d'écarter l'Exécutif du Judiciaire suppose que ces deux « pouvoirs » soient identifiés pour être "séparés"*

C'est une conséquence de la fameuse théorie dite de la « séparation des pouvoirs », rattachée traditionnellement à Montesquieu. Si l'expression « séparation des pouvoirs » ne figure pas dans le célèbre chapitre sur la constitution d'Angleterre (*Esprit des lois*, livre XI, chapitre VI) et si les formulations de Montesquieu sont ambiguës sur la puissance de juger (qualifiée d'« invisible et nulle »), il est bien clair pour ses lecteurs que la « puissance de juger doit être séparée de la puissance législative et de la puissance exécutive » afin d'assurer la liberté. C'est dans cet esprit que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme qu'une société sans « séparation des pouvoirs » n'a pas de constitution. La traduction de ce principe se trouve dans l'article 1 du chapitre V du titre III de la constitution de 1791, selon lequel « le pouvoir judiciaire ne peut être exercé ni par le Corps Législatif, ni par le roi ».

L'Exécutif se trouve donc, dès la mise en application de la constitution (qui rappelle sa promulgation en septembre 1791, les rapports constitutionnels entre le roi et les pouvoirs étant réglés par les décrets constitutionnels votés par la Constituante dès l'été 1789), sans prise sur les juges, en même temps qu'il est mis à l'abri (par cette même séparation des pouvoirs) des empiétements des tribunaux sur sa propre sphère d'action. Cet éloignement radical voulu entre le roi et les juges puise sa source dans les débats, définitivement tranchés au printemps 1790, sur l'élection des juges. Non seulement la vénalité des

offices de judicature a été supprimée dans la nuit du 4 août, mais l'idée d'accorder au roi un pouvoir sans contraintes de nomination, voire de révocation des juges – comme Maupeou l'avait imaginé en 1771 – est considérée comme inopportune et même dangereuse. Les pouvoirs des juges vont être considérés comme une délégation venant de la Nation, ce qui conduit à l'élection des juges, sans pour autant leur reconnaître la qualité de « représentants de la Nation ». L'élection est une simple modalité de choix, opposée bien sûr à la nomination par le roi, qui est celle aussi des administrateurs des communes, des districts et des départements, ce qui fera dire, qu'à côté du « pouvoir judiciaire » (reconnu en tant que tel par la constitution de 1791) il y a un « pouvoir municipal », voire un « pouvoir administratif » (avec, pour conséquence, une sorte de « démembrement » du pouvoir Exécutif limité à sa tête ou à son centre, sans guère d'action sur les autorités locales).

Ce choix de l'élection résulte de la défaite des « monarchiens » qui espéraient encore préserver les prérogatives royales dans la désignation des magistrats. Devant la Constituante, Cazalès et l'abbé Maury avaient développé la thèse selon laquelle la Justice est une « branche de l'Exécutif », placée à ce titre sous l'autorité du roi. Remarquons que cette thèse pouvait s'appuyer sur certaines expressions de Montesquieu (la distinction entre la « puissance exécutive des choses du droit des gens » et la « puissance exécutive des choses qui dépendent du droit civil ») et que cette conception fut reprise, et exerça une influence dominante, sous la Troisième République³. En 1790, une telle conception apparaît contraire aux intérêts politiques

du Tiers État : ses orateurs les plus écoutés, ceux qui ont mené le combat contre l'autoritarisme royal de mai à juillet 1789, n'ont aucune confiance dans un choix des juges par le roi. Pour Barnave, les juges doivent être choisis par les citoyens, tout simplement parce qu'ils ne peuvent pas l'être par le roi. Il ne reste à celui-ci qu'une prérogative nominale, celle de donner l'« investiture » ou l'« institution » aux juges, preuve s'il en était besoin que la justice peut être « conceptuellement » rattachée à l'Exécutif tout en étant « politiquement » dépendante des électeurs (censitaires) et indépendante du roi. La loi des 16-24 août 1790 est sans ambiguïté sur ce point : « les juges sont institués par lettres patentes du roi, qui ne pourra les refuser ». Aucune possibilité, donc, pour le roi d'influer sur le choix des juges et sur leur carrière (à vrai dire inexistante, sauf réélection), de bloquer leur installation après l'élection ou, bien sûr, de révoquer un juge pour quelque motif que ce soit. Il reste seulement au roi le choix des membres du ministère public, du moins d'une partie d'entre eux désignés comme « commissaires du roi » auprès des divers tribunaux. Comme l'indique leur titre, ces commissaires sont choisis et nommés par le roi, avec néanmoins deux garde-fous dont la portée est considérable. D'abord, ces commissaires sont inamovibles, sauf pour forfaiture. C'est à la fois la reprise d'une règle qui se combinait avant 1789 avec le système des offices et la première apparition (paradoxalement pour les membres du ministère public auxquels l'inamovibilité ne s'applique plus en France depuis 1795) du principe moderne d'inamovibilité censé garantir l'indépendance des magistrats, une fois nommés. Par ailleurs, les compétences de ces commissaires du roi étaient

limitées, particulièrement dans la procédure criminelle où ils devaient partager la poursuite des crimes avec les accusateurs publics, qui étaient eux élus. En ajoutant la suppression du droit royal de grâce, liée au Code pénal de 1791, l'on peut se demander ce qu'il restait à l'Exécutif pour intervenir dans le domaine de la Justice.

En dépit de cette indépendance institutionnelle et organique des tribunaux à l'égard du roi, il reste pourtant un « ministère de la Justice » et il faut se demander pourquoi et pour exercer quelles fonctions. La réponse se trouve dans la loi des 27 avril-25 mai 1791 sur les ministères votée par la Constituante qui, en harmonie avec la constitution de 1791, notamment sur la question du contreseing et de la responsabilité pesant sur les ministres (alors que le roi, inviolable, est irresponsable), met une partie de l'Exécutif à tout le moins sous la surveillance du Législatif. Cette loi attribue au ministre de la Justice, nommé et révoqué par le roi, des compétences assez nombreuses et pour certaines surprenantes. D'après cette loi, le ministre de la Justice hérite en quelque sorte du chancelier la garde du sceau de l'État, ce qui implique des fonctions en rapport avec la procédure législative et non avec le Judiciaire : le scellement des lois constitutionnelles et ordinaires, la correspondance relative à la promulgation et à la publication des lois, une correspondance impliquant à la fois le Corps Législatif et les administrations locales, le seul lien avec les tribunaux étant l'envoi des lois aux juridictions. Sans surprise, le ministère agit (par conseil ou en proposant la décision au roi) dans la nomination des commissaires du roi, une compétence qui n'était guère de nature à occuper un ministère à plein temps, les

commissaires étant inamovibles et n'étant renouvelés, une fois nommés, qu'en cas de mort ou de démission.

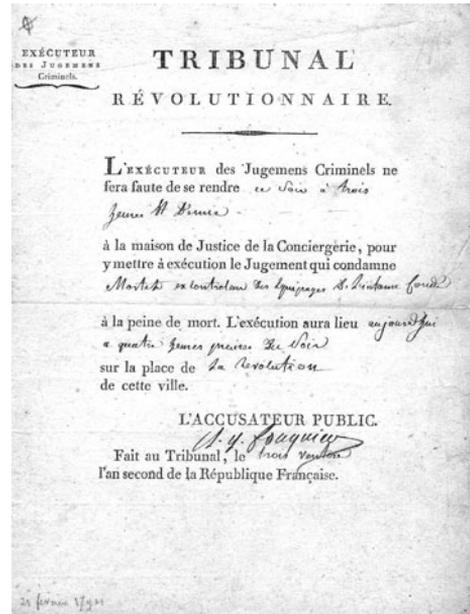
Beaucoup plus surprenante est la mention, dans cette loi sur les ministères, d'une correspondance du ministre de la Justice avec les tribunaux (ce qui va au-delà des commissaires du roi), le ministre devant veiller à ce que la justice soit « bien rendue » et pouvant même adresser des « avertissements » aux juges dans ce sens. Avec cette possibilité d'avertissements, surgit une prérogative qui n'a jamais été utilisée, semble-t-il, pendant la brève application de cette loi sous la monarchie constitutionnelle, mais qui laisse entendre que l'Exécutif a un pouvoir de contrôle, sinon de discipline, sur les juges⁴. Très étonnante également, dans un contexte qui connaît l'institution du référé législatif et la stricte subordination des juges au respect des lois (pour éviter que les juges aillent à l'encontre des textes nouveaux votés par l'Assemblée), la compétence donnée au ministre de la Justice de soumettre au Corps Législatif les « questions qui existent sur l'interprétation des lois ». Le législateur a donc fait du ministre de la Justice un intermédiaire obligé entre les juges qui posaient des questions sur l'interprétation des lois et le pouvoir législatif qui était seul compétent pour répondre aux référés explicites. Cette disposition de la loi, créant d'une certaine manière une forme implicite (et de nature secondaire) de référé à l'Exécutif, a bien été mise en application sous la monarchie constitutionnelles, les juges étant assez nombreux à poser ce type de questions. Bien plus, un Conseil de Justice a été institué pour délivrer les réponses du ministre, ce qui prouvait dès l'origine les faiblesses du système du référé législatif

(qui, en fait, n'a pas bien fonctionné). L'influence de ce Conseil de Justice a été tel que ses réponses ont pu être publiées dans des journaux privés, comme la *Gazette des Tribunaux* et ont très probablement aidé les juges (notamment ceux du Tribunal de cassation) à résoudre des questions d'interprétation.

On peut parler, enfin, de compétences implicites (qui ne sont pas exprimées dans la loi) pour tout ce qui concerne « l'intendance » du Pouvoir judiciaire : relèvent ainsi du ministre de la Justice, et donc de l'Exécutif, le paiement des juges et des agents contribuant au fonctionnement des tribunaux (comme les greffiers), la gestion des locaux des tribunaux et leur entretien. Il y avait donc un budget de la Justice dont le ministre devait rendre compte auprès de l'Assemblée et qui était susceptible d'engager sa responsabilité pénale, sinon politique. Malgré la suppression du droit de grâce (dont l'exercice par le chef de l'Etat a été au XIX^e et au XX^e siècles la cause de la préparation de dossiers par le ministère), il y avait donc des raisons, à défaut d'une obligation constitutionnelle dans un régime de séparation des pouvoirs, d'établir (ou de maintenir à la place de la chancellerie) un ministère de la Justice qui n'était pas censé, pour autant, empiéter sur les prérogatives et l'indépendance des juges.

Une dernière fonction de ce ministère sous la monarchie constitutionnelle n'était pas présente dans la loi de mai 1791 et fit son apparition quelques mois après, à l'issue de la discussion de l'été 1791 pour « réviser le texte constitutionnel, c'est celle conférée par l'article 27 du chapitre V du titre III de la constitution de 1791. Il s'agit de la procédure par laquelle le ministre de la justice dénonce au Tribunal de cassation les cas où les juges auraient « excédé leurs

pouvoirs » ou commis des actes donnant lieu à une procédure de forfaiture (c'est-à-dire donnant lieu, si la dénonciation était acceptée par le Tribunal de cassation, à une éventuelle mise en accusation des juges par le Corps législatif). Ces procédures (l'excès de pouvoir pouvant être simple ou lié à une dénonciation pour forfaiture) passaient par une action du commissaire du roi près le Tribunal de cassation sur ordre du ministre de la Justice. Le commissaire du roi avait la possibilité, dont il n'a pas usé, de présenter des conclusions contraires à la dénonciation, mais il ne pouvait bloquer celle-ci (dans de très rares cas, c'est le Tribunal de cassation qui refusa de suivre le ministre). Dans les deux premières années de fonctionnement du Tribunal de cassation (qui vont au-delà du 10 août 1792, mais concernent une période où cet article de la constitution de 1791 continue à être appliqué), ces « recours pour excès de pouvoir » (pour utiliser une expression moderne qui trouve sa source dans la formule constitutionnelle « excédé leurs pouvoirs ») ont représenté plus de 40% des jugements de cassation (31 décisions en 1791/1792, 40 en 1792/1793 à une époque où les jugements de cassation, bien moins nombreux que les jugements de rejet, n'excèdent pas la centaine). Pendant la brève période de la monarchie constitutionnelle, l'Exécutif, sans chercher à avoir une influence déterminante sur le Pouvoir judiciaire, a pu rechercher une sorte d'alliance tacite avec le Tribunal de cassation. Cette stratégie n'était peut-être pas exempte d'arrière-pensées, les juges du Tribunal de cassation devant siéger à la Haute-Cour au cas où un ministre aurait été mis en accusation par le Corps Législatif⁵. Si le Tribunal de cassation était placé par la loi « auprès



Condamnation à mort par le Tribunal révolutionnaire

du Corps Législatif » – une disposition qui ne doit pas s'entendre, selon nous, comme un signe de subordination⁶ – il entretenait aussi quelques rapports avec l'Exécutif.

Les dispositions législatives et constitutionnelles qui mettaient l'Exécutif à l'abri des juges sont plus connues. La séparation des fonctions administratives et judiciaires est affirmée solennellement (comme une règle destinée à durer « pour toujours ») par l'article 13 du titre II de la loi d'organisation judiciaire des 16-24 août 1790 : « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ». En conséquence, les juges ne devaient pas troubler, en quoi que ce soit, les « opérations des corps administratifs ». En général, cette dernière expression est comprise comme s'appli-

quant aux administrations locales élues (des communes, des districts et des départements) qui faisaient corps, mais elle concernait également (selon la jurisprudence du Tribunal de cassation) ce que nous appelons aujourd'hui les « administrations centrales » dépendant plus directement du roi. Il en allait de même pour l'interdiction (sauf autorisation expresse de l'administration supérieure) de citer les administrateurs devant les tribunaux « pour raison de leurs fonctions ».

Ces dispositions, destinées à empêcher toutes les formes (qu'avait pu connaître l'Ancien Régime) d'empiétement des tribunaux sur les administrations furent complétées, dans un second temps (à la suite de discussions au cours du printemps et de l'été 1790) par l'attribution du contentieux administratif (celui des impôts directs et des travaux publics principalement) aux administrations locales sous le contrôle du roi (et du Conseil établi auprès du roi pour traiter ces questions) par la loi des 6, 7 et 11 septembre 1790. Néanmoins il y eut encore dans l'été 1791 des propositions (finalement repoussées) pour donner compétence au Tribunal de cassation sur ces questions et le contentieux (non négligeable) des contributions indirectes fut attribué aux tribunaux. Globalement, il ne fait pas de doute que l'Exécutif était nettement séparé d'un Judiciaire indépendant : autant les juges ne pouvaient troubler l'administration, autant l'Exécutif ne pouvait guère interférer avec le Judiciaire.

2. *Comment est-on passé de ce Judiciaire mis à l'abri de l'Exécutif à un Judiciaire sous la pression de l'Exécutif ?*

La première étape de ce processus est constituée paradoxalement par le « régime d'assemblée » de la Convention qui a vu, de 1792 et 1795, le développement des pouvoirs des comités « de gouvernement » composés de Conventionnels élus par leurs pairs. Le ministre de la Justice est tombé à un tel point sous l'emprise des comités du salut public, de sûreté générale et de législation qu'il a été remplacé, avec la loi des 12-13 germinal an II (1^{er} avril 1794), par une simple « commission des administrations civiles, police et tribunaux ». Dirigée par un puis (après thermidor an II) deux agents exécutifs, cette commission est devenue une simple courroie de transmission entre la Convention et les juges. Ces derniers, dont plusieurs ont été nommés (sous prétexte de remplir les places vacantes depuis les élections) par les représentants en mission ou (pour le Tribunal de cassation) par la Convention elle-même, ont été astreints à rendre des comptes (des bilans périodiques de leur activité) au comité de législation. La Convention et son comité de législation sont allés jusqu'à annuler des décisions du Tribunal de cassation, sans se soucier de l'atteinte à la séparation des pouvoirs. Si l'on tient compte du fait que d'anciens membres du comité de législation, comme Merlin de Douai et Cambacérès sont devenus ministres de la Justice sous le régime du Directoire, l'on mesure la continuité entre les pressions exercées sur les juges et les tribunaux sous les régimes conventionnel (1792-1795) et directorial (1795-1799).

Concernant les pressions à l'égard des juges, la Convention montagnarde a ainsi vu la nomination de cinq juges de cassation par l'assemblée ainsi que l'adoption d'environ 200 décrets d'annulation (concernant des décisions du Tribunal de cassation, des juridictions ordinaires et des juridictions révolutionnaires). Sous la Convention thermidorienne, où la puissance du comité de législation (qui peut prendre des arrêtés s'imposant aux juges) se renforce, il faut compter avec la nomination de six juges de cassation.

À partir d'octobre 1795, le Directoire exécutif, avec son collègue de cinq membres, nommait le ministre de la Justice et exerçait, à travers lui, un pouvoir non négligeable sur les commissaires auprès des tribunaux et même indirectement sur les juges. Selon l'article 216 de la constitution de l'an III, il y a dans chaque département (auprès du tribunal civil, mais le même commissaire exerce ses fonctions auprès du tribunal criminel selon l'article 245 de la constitution) un commissaire du Pouvoir Exécutif « nommé et destituable par le Directoire ». À ces commissaires auprès des tribunaux de département s'ajoutent des substituts et les commissaires du Directoire près les tribunaux correctionnels (article 234). Par rapport au système de la Constituante, le Directoire a obtenu un pouvoir de révocation sur ces commissaires qui ne sont plus inamovibles. Les pouvoirs de ces commissaires, qui n'ont toujours pas la fonction de poursuivre les crimes (une fonction maintenue à des accusateurs publics toujours élus), ne sont pas accrus, mais la « surveillance » de l'exécution des lois (selon l'expression de l'article 147 de la constitution) a, dans le sens acquis par cette expression sous le gouvernement ré-

volutionnaire, un caractère de contrôle des autorités surveillées, en l'occurrence les tribunaux. L'article 262 de la constitution, qui maintient la procédure de dénonciation par l'Exécutif des excès de pouvoir et des éventuelles forfaitures au Tribunal de cassation, confirme bien que le Pouvoir Judiciaire (encore suspecté de tiédeur révolutionnaire) est placé sous le regard du Directoire.

Les pressions sur les juges élus, et notamment sur ceux qui avaient gagné en l'an IV et en l'an V des scrutins traduisant dans plusieurs départements la poussée des sentiments royalistes ou hostiles à la politique de l'Exécutif, s'exerça à travers la nomination (autorisée par les textes législatifs) temporaire par le Directoire de juges destinés à remplir les places laissées vacantes par une mort, une démission ou une élection annulée (sachant que cette annulation, décidée par le Corps Législatif, répondait souvent à une demande de l'Exécutif). La manifestation la plus spectaculaire de ce mouvement de déclin de l'élection et de la montée en puissance des nominations de juges fut l'épuration du Tribunal de cassation (qui s'était opposé sur plusieurs affaires à l'Exécutif et était dénoncé, sans preuves, comme un foyer de contre-révolution) en septembre 1797. La loi du 19 fructidor an V (5 septembre 1797), adoptée le lendemain du coup d'état anti-royaliste organisé par le Directoire et la majorité des Conseils, prononça l'exclusion de 26 juges du Tribunal de cassation (soit la majorité), remplacés aussitôt par des juges nommés par l'Exécutif. Une véritable emprise de l'Exécutif a pu ainsi se développer sur un « pouvoir judiciaire » en position de faiblesse, notamment du fait de la réputation de tiédeur révolutionnaire de nombreux

juges (d'après les espions du Directoire, le Tribunal de cassation « est presque entièrement composé de gens qui n'aiment point la République »⁷). Dans les faits (avec de nombreuses interventions dans la composition des tribunaux civils de département) la nomination a souvent remplacé l'élection et elle est synonyme d'une intervention croissante de l'Exécutif dans le Judiciaire.

Les interférences de l'Exécutif avec les procédures judiciaires ont également augmenté, en dépit du démantèlement de la justice révolutionnaire à la fin de la Convention. Pour réprimer les contre-révolutionnaires, le Directoire exécutif a eu recours, avec le soutien des assemblées, aux juridictions militaires (dont il pouvait nommer les membres et les obliger à obéir). En septembre 1796, les personnes accusées de soutenir Babeuf et compromises dans l'affaire du camp de Grenelle furent renvoyées (pour tentative d'embauchage de militaires) devant la Commission militaire du Temple qui prononça 86 condamnations, dont 30 à mort suivies d'exécution par fusillade. En janvier 1797, le Directoire renvoya également par arrêté les « conspirateurs royaux » (Brottier, de la Villehurnois et Duverne de Presle) devant une commission militaire. Les accusés ayant porté une requête pour incompétence devant le Tribunal de cassation et celui-ci ayant demandé l'apport des pièces, le Directoire interdit d'exécuter « l'acte du Tribunal de cassation », justifiant cette interférence dans l'exercice de la justice par un message au Corps Législatif qui dénonçait un empiètement du Judiciaire sur le Législatif (le Tribunal de cassation était accusé, en quelque sorte, de violer les lois). Le Conseil des Cinq-Cents se contenta de

voter un ordre du jour confirmant la compétence de la commission militaire, ce qui satisfaisait l'Exécutif sans désavouer complètement le Tribunal de cassation. Il faut noter que la commission militaire se montra indulgente envers les accusés (montrant que les juges militaires n'étaient pas toujours aux ordres de l'Exécutif) et que le Directoire contourna l'obstacle judiciaire en faisant placer, dans la loi du 19 fructidor an V, les « conspirateurs royaux » dans la liste des déportés. Une partie de la « terreur fructidorienne » passa par ces juridictions militaires qui échappaient au contrôle du Tribunal de cassation.

À la même époque, le Directoire usa largement des pouvoirs que lui reconnaissait la loi du 21 fructidor an III (7 septembre 1795) pour confirmer, en tant que juge des conflits, les décisions des ministres mettant des actes administratifs à l'abri des contestations des tribunaux⁸. Tout en continuant à dénoncer au Tribunal de cassation certains des empiètements des tribunaux sur l'administration par la procédure de l'« excès de pouvoir » de l'article 262 de la Constitution de l'an III, le Directoire émit plus d'une centaine d'arrêtés annulant des décisions des tribunaux et donnant raison à l'administration en conflit avec le Judiciaire. Alors que la Constituante n'avait reconnu à l'Exécutif, par la loi des 7-14 octobre 1790⁹, qu'un pouvoir d'arbitrer les conflits à l'intérieur de l'administration, la pratique du Directoire fit du jugement des conflits, sur la base de la loi du 21 fructidor an III, une arme pour brider le Judiciaire. L'arrêté du 2 germinal an V (22 mars 1797) interpréta les textes de l'an III pour revendiquer au profit du Directoire un double pouvoir lui permettant de dénoncer les empiètements des tribunaux au Tribu-

nal de cassation ou d'annuler directement les actes des autorités judiciaires en conflit avec les autorités administratives par l'approbation des arrêtés du ministre de la Justice (ce qui confirmait le rôle de ce dernier relativement à la surveillance des juges). Dans le message au Corps Législatif du 18 floréal an V (7 mai 1797), le Directoire justifiait sa préférence pour la seconde procédure (relevant du seul Exécutif) par la crainte de voir un jour le Tribunal de cassation devenir « l'arbitre suprême des destinées de la République »¹⁰. Avec ce prétexte d'une prétendue menace d'un pouvoir judiciaire, qui aurait été capable de « gouverner la République » en dépouillant « pièce à pièce » les prérogatives de l'administration (une hypothèse bien peu probable de transformation d'un pouvoir « réactif » en une autorité de nature gouvernementale), le Directoire affirmait sa volonté d'assujettir le Judiciaire à sa conception étendue des prérogatives de l'administration.

Dans les années suivantes, le régime napoléonien, une fois liquidé le système de l'élection des juges remplacé par la nomination de presque tous les magistrats (hormis les juges de paix et les juges du Tribunal de cassation) par l'Exécutif selon les dispositions de la constitution de l'an VIII, accentue cette prise de contrôle du Judiciaire par le Gouvernement. De manière symbolique, la constitution de l'an VIII ne parle plus de « pouvoir judiciaire » et celle de l'an X fait entrer dans les normes constitutionnelles la notion (bien plus favorable au Gouvernement) d'« ordre judiciaire ». L'unité du ministère public reconstituée (par la disparition des accusateurs publics) au profit de commissaires (puis, en l'an XII, de procureurs) nommés et révocables par le Premier consul crée, auprès des magistrats

du siège garantis (de manière bien fragile, comme le montra un sénatus-consulte de 1807 sollicité par le Gouvernement pour épurer la magistrature) par l'inamovibilité, une classe d'agents de l'Exécutif au sein même du Judiciaire. Le Conseil d'État, chargé de régler « les difficultés » s'élevant en matière administrative, apparaît depuis l'an VIII comme un véritable juge administratif (au-dessus des conseils de préfecture et des ministres) et, pour conseiller le chef d'État, comme l'arbitre des conflits entre autorités judiciaires et administratives (arrêtés du 5 nivôse an VIII et du 13 brumaire an X). Dans la même logique, le droit de grâce du chef de l'État est rétabli en l'an X et, ce qui est moins souvent relevé, le ministre de la Justice se voit paré du titre de « grand-juge » avec le droit de présider tous les tribunaux et donc de siéger à son gré dans des instances judiciaires. Ces textes constitutionnels furent à la base d'une pratique, aux accents de plus en plus autoritaires au fur et à mesure de l'Empire, qui conduisit à des formes de « justice retenue » : l'annulation de jugements (et même de quatre arrêts de la Cour de cassation) dans des procédures de conflit avec l'administration, un sénatus-consulte de 1813 annulant un verdict d'acquiescement d'une Cour d'assises dans un département belge et un arrêt du Conseil d'État cassant la même année un verdict d'un Conseil de guerre jugé trop indulgent par Napoléon¹¹.

Ce retour à des pratiques rappelant l'Ancien Régime et sa confusion des pouvoirs, annonce un régime de subordination du Judiciaire au Gouvernement qui fut confirmé par la Charte de 1814, selon l'article 57 laquelle toute justice émane du roi. Toujours d'après la Charte de 1814, le roi nomme tous les magistrats, les attributions

du Conseil d'État et la procédure de conflit étant par ailleurs maintenues par le régime de la Restauration. On mesure ainsi l'écart qui sépare la reconnaissance du Pouvoir judiciaire au début de la Révolution de la situation qui a prévalu en France pendant tout le XIX^e siècle et une large moitié du XX^e siècle.

Il nous paraît difficile de parler de « retour aux sources révolutionnaires » pour les incontestables progrès qu'a connus l'indépendance de la Justice en France au cours d'une longue période qui va de la Troisième République jusqu'à ces dernières décennies. Les différentes étapes de cette « émancipation » du Judiciaire – la confirmation de la non-interférence de l'Exécutif dans la justice administrative affirmée depuis 1872 (avec la reconnaissance de la justice déléguée du Conseil d'État et l'établissement d'un Tribunal des conflits à la composition paritaire entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire), l'institution en 1958 du Conseil constitutionnel et surtout les réformes du Conseil supérieur de la magistrature depuis 1995 – ne renouent nullement avec les choix de l'époque révolutionnaire. Le fait que les juges du siège soient aujourd'hui désignés en France, soit à l'initiative du Conseil Supérieur de la Magistrature soit avec l'accord de ce dernier, signifie-t-il que l'Exécutif en est réduit, comme Louis XVI à partir de 1790, à donner seulement « l'investiture » à des magistrats désignés en dehors de toute pression de l'Exécutif ? La comparaison nous paraît biaisée par le maintien de fortes prérogatives du Gouvernement dans le choix des magistrats du Parquet et par l'absence d'élection des juges qui leur conférerait une « légitimité démocratique ». Le ministère de la Justice a ainsi conservé en France une

place que même les révolutionnaires ne lui avaient pas contestée et qui s'est considérablement accrue au cours des temps avec l'exercice du pouvoir réglementaire (sur délégation du Premier ministre, le ministre de la Justice prend des arrêtés) et l'utilisation de circulaires pour mettre en œuvre une politique pénale et judiciaire définie par l'Exécutif. Le Conseil constitutionnel n'a pas complètement acquis un caractère judiciaire et sa position n'est pas celle d'une Cour suprême face à la Cour de cassation et au Conseil d'État. Cette évolution en faveur de l'Exécutif n'avait rien d'inévitable et elle s'explique essentiellement par des circonstances politiques et contingentes pendant et après la Révolution. Tout au plus peut-on estimer que le pari d'un « pouvoir judiciaire » indépendant de l'Exécutif aurait supposé le maintien de l'élection des juges et peut-être une structure fédérale comme aux États-Unis. Les deux pays du monde qui connaissent aujourd'hui un Pouvoir judiciaire qui peut lutter à armes égales avec l'Exécutif et le Législatif, les États-Unis et l'Inde, sont deux Fédérations dont l'une continue à élire un nombre non négligeable de juges d'États. N'est-ce pas là un élément supplémentaire à prendre en compte pour expliquer la difficulté à implanter un pareil pouvoir judiciaire en France ?

- ¹ Sur la démarche de Carré de Malberg à l'égard du droit de la Révolution française, M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Puf, coll. « Léviathan », 1994, pp. 13-15. Concernant la Justice, R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, vol. I, n. 258, pp. 769-770 relève qu'il s'agit d'un point de vue organique d'un « troisième pouvoir étatique », mais souligne, dans le vol. II (1922), n. 370, pp. 279-280 que ce pouvoir n'est pas l'égal des deux autres, n'ayant pas la qualité de représentant de la Nation.
- ² J.-L. Halpérin, *1789-1814 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France*, in « Justices », 1996, n. 3, pp. 13-23.
- ³ E. Garsonnet, *Cours de procédure*, Paris, Larose et Forcel, 1882, vol. I, pp. 7-11.
- ⁴ P. Durand-Barthez, *Histoire des structures du ministère de la Justice 1789-1945*, Paris, Puf, 1973, p. 17.
- ⁵ G. Glénard, *L'Exécutif et la constitution de 1791*, Paris, Puf, coll. « Léviathan », 2011, pp. 189-190.
- ⁶ J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, pp. 79-85.
- ⁷ *Ibidem*, p. 238.
- ⁸ « En cas de conflit d'attributions entre les autorités judiciaires et administratives, il sera sursis jusqu'à la décision du ministre confirmée par le Directoire exécutif qui en réfèrera, s'il en est besoin au Corps Législatif » affirmait l'article 27 de cette loi du 21 fructidor an III (7 septembre 1795). Le Directoire interpréta ce texte comme lui donnant un pouvoir souverain d'arbitrer les conflits, le recours au référé législatif n'étant jamais utilisé.
- ⁹ J.-L. Mestre, *La signification de la loi des 7-14 octobre 1790, Études et documents du Conseil d'État*, Paris, Documentation française, n. 43, 1991, pp. 281-298.
- ¹⁰ Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs cit.*, p. 234.
- ¹¹ J.-L. Halpérin, *Ordre judiciaire et excès de pouvoir*, in J.-J. Clère, J.-L. Halpérin, *Ordre et désordre dans le système napoléonien*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, pp. 200-202.