

N° anonymat :
N° 3 0 9 8
N° 3 0 9 8

SESSION : 2024
ÉPREUVE : Dissertation

Nombre total d'intercalaires :
(ne pas compter cette copie)

3

Note sur 20 :

Coefficient :

Note définitive :

L'indépendance en droit public

Une récente publication au sein de la revue « Jus politicum », traitant de la notion de « dialogue constitutionnel », met en évidence le rôle que joue le principe de l'indépendance dans la métaphore du dialogue : cet échange entre institutions suppose une indépendance des uns envers les autres afin qu'il respecte le principe de séparation des pouvoirs, mais comporte également le risque que l'influence ainsi exercée affecte l'impartialité que chaque institution devrait garantir.

L'indépendance est un principe essentiel en droit public, français et européen en particulier. Il signifie que les institutions qui lui sont soumises doivent fonctionner sans égard aux influences extérieures, sans recevoir d'ordre de la part d'autrui. Le principe de séparation des pouvoirs garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 en est une illustration : le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et l'autorité juridictionnelle sont indépendants les uns envers les autres, ce qui ne fait pas obstacle à la mise en œuvre du concept de « balance des pouvoirs » pour

Ne rien inscrire dans cet emplacement

Ne rien inscrire dans cet emplacement

que le pouvoir anime le pouvoir et ainsi éviter les abus (Montesquieu, d'Esprit des lois).

Toutefois, l'importance de la notion d'indépendance peut se donner à voir dans d'autres domaines du droit public que celui de la séparation des pouvoirs. Pour illustration, par une ordonnance de décembre 2021, le juge des référés du Conseil d'État a eu à connaître des conditions d'organisation du troisième référendum relatif à l'auto-détermination de la Nouvelle-Calédonie pendant la crise sanitaire.

La notion d'indépendance intervient ici à un double titre : d'une part, au travers de la question de l'indépendance de la collectivité territoriale que constitue la Nouvelle-Calédonie (régie par le titre XIII de la Constitution de 1958) et, d'autre part, les conditions dans lesquelles un scrutin public se déroule et les conditions qui sont susceptibles de fausser son résultat.

Cette question des influences extérieures sur le déroulement des procédures amène celle de l'impartialité : il s'agit d'une notion proche et généralement liée à celle de l'indépendance.

Elle suppose que la solution d'une procédure (électorale, administrative, contentieuse) ne soit pas influencée par un comportement ou événement extérieurs,

ou par des vices survenus au cours de cette procédure. A cet égard, la jurisprudence « Danthony » (CE Ass 2011) permet d'insister sur le critère de l'influence sur le résultat, nécessaire pour décider l'annulation d'un acte administratif.

Enfin, l'affaire d'Outreau au début des années 2000, et la réforme législative qui s'en est suivie, permet de mettre en évidence l'importance des principes d'impartialité du juge lorsqu'il instruit une affaire : depuis 2008, les juges d'instruction peuvent être amenés à travailler de manière collégiale et non plus en « juge unique ».

Ainsi, le principe d'indépendance est structuré en droit public, dans chacun de ses aspects : constitutionnel, institutionnel, administratif, électoral, contentieux, européen...

De quelle manière le principe d'indépendance structure-t-elle en droit public et les dispositifs juridiques ^{qui} ont été mis en place pour la garantir la respectent-elle également ?

L'indépendance est un principe cardinal en droit institutionnel, visant à garantir le respect de l'État de droit (I). Néanmoins, la question de son application concrète par tous les pouvoirs publics et des conditions dans lesquelles son respect intervient illustre les fragilités de ce concept (II).

* *

I - L'indépendance est un principe structurant en droit constitutionnel et institutionnel.

Si l'indépendance régit le fonctionnement des institutions françaises les rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels (A) elle garantit également l'activité des juridictions (B).

A - Le principe d'indépendance a été structurant pour la mise en place des institutions constitutionnelles

Le principe de séparation des pouvoirs promeut à lui seul l'indépendance en droit public.

En vertu de l'article 16 de la Déclaration de 1789, tout État dans lequel la séparation des pouvoirs n'est pas assurée « n'a point de Constitution ».

Ce principe impose au pouvoir exécutif, constitué du Gouvernement ainsi que du Président de la République sous la V^e République française, de ne pas chercher à exercer une sur le Parlement, lequel vote la loi (article 24 de la Constitution), et réciproquement.

Du point de vue de la procédure législative, cela se traduit notamment par la séparation stricte du travail en commission de celui en amont du au sein du gouvernement, lorsqu'il s'agit d'un projet de loi en particulier. S'agissant de l'établissement du budget annuel de l'État, la loi organique relative aux lois de finances de 2001 (la LOLF) prévoit que les assemblées établissent leurs budgets en toute indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. Ceci assure une indépendance fonctionnelle. En outre, les champs de compétences déterminés par les articles 34 et 37 de la Constitution a pour

N° 3 0 9 8
N° 3 0 9 8

objet d'assurer qu'un pouvoir n'empiète pas sur le champ de compétence de l'autre, ce qu'illustre notamment le mécanisme de l'article 41 de la Constitution qui permet au gouvernement de faire déclarer inécrit tout amendement parlementaire qui intervient dans le domaine réglementaire. Cela étant, le Conseil constitutionnel ne considère pas qu'une loi qui empiète sur le domaine réglementaire est inconstitutionnelle pour cette raison (CC DC 1981, Blocage des prix), mais pas la contraire (CC DC 2012).

La Constitution française garantit en outre l'autonomie des collectivités territoriales. L'organisation de la République française est décentralisée depuis sa réforme constitutionnelle de 2003. Les articles 72 et suivants de la Constitution garantissent l'autonomie fonctionnelle et financière (mais pas fiscale) des collectivités territoriales, et les articles 73 et 74 organisent le fonctionnement des départements, régions et collectivités d'Outre-mer. Un certain nombre de prérogatives sont octroyées à ces personnes publiques distinctes de l'État. À titre d'exemple, l'article 74 prévoit, pour les collectivités qu'il concerne, le principe de spécialité législative qui prévoit que les dispositions législatives et réglementaires publiés au Journal officiel de la République n'entrent en vigueur sur ces territoires qu'après une transposition de leur part. De manière générale et concernant la Métropole, la loi « 3DS » de 2021 permet aux collectivités territoriales de se prévaloir d'un principe de différenciation, pour édicter des règles qui correspondent spécifiquement aux enjeux de leurs territoires.

Pour autant, le principe reste celui d'une République unitaire, qui ne comporte pas en son sein de peuple distinct du peuple français (CC DC 1991, Statut de la Corse). Cette unicité est assurée par le rôle du représentant de l'État dans les collectivités, dont la mission, constitutionnelle, est de veiller au respect de la légalité des actes des collectivités territoriales, le cas échéant sur saisine du juge administratif; mission qu'il exerce en toute indépendance (CE Sect, 1991 Braxmeur).

Ainsi, autonomie et indépendance ne sont pas synonymes, bien qu'elles répondent à des logiques proches; d'où il résulte l'absence de l'auto-détermination des peuples, illustrée notamment par les accords de Nouméa (1998).

X

B- le principe d'indépendance bénéficie également aux juridictions françaises, garantissant leur impartialité.

des juridictions françaises bénéficient du principe d'indépendance.

D'une part, vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif. En effet, le principe de l'immuabilité des magistrats est consacré, par la Constitution s'agissant des magistrats judiciaires (bien que leur garant soit le Président de la République), par leurs statuts législatifs s'agissant des magistrats administratifs et financiers.

La mise en place de juridictions propres à la discipline des magistrats tels que le Conseil supérieur des tribunaux et cours administratives d'appel ou le Conseil supérieur de la magistrature

(CSM) vise également à assurer l'indépendance de ces professions, afin de garantir les droits des justiciables. À cet égard, le garde des sceaux n'a plus la possibilité de commander des mises en cause individuelles aux membres du parquet, mais seulement de définir une politique générale en matière pénale.

D'autre part, vis-à-vis des juridictions d'un même ordre entre elles. Au sein de la juridiction administrative, l'influence des jugements des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel par le Conseil d'État s'exerce par la jurisprudence qu'il définit, non par des instructions individuelles. C'est pourquoi, notamment, le contrôle de cassation opéré par le Conseil d'État ne porte pas sur l'appréciation des faits par les juges de fond, et n'envisage en cet aspect que la dénaturation. En outre, les récentes réformes ont certes consacré le rôle de régulateur du Conseil d'État, notamment s'agissant de la poursuite d'attribution du jugement des affaires au regard de la bonne administration de la justice par le président de la section du contentieux (article R. 351-8 du code de justice administrative - CJA), mais ont atténué l'aspect cardinal qu'il revêtait. À titre d'exemple, la modification des articles L. 211-1 et L. 311-1 du CJA pour substituer les termes « juridiction administrative » à ceux de « Conseil d'État » met en lumière la diversité des juridictions qui composent l'ordre administratif, et l'indépendance de celles-ci vis-à-vis de la juridiction supérieure (J. Amthor de Casanova, JH Stahl, RDLF 2016). Ces juridictions indépendantes participent toutes au dialogue institutionnel.

Ainsi, l'indépendance est un principe structurant en droit public. Toutefois, le fonctionnement quotidien des services publics, eux-mêmes soumis à ce principe, permet de déceler ses fragilités.

*

*

II - d'application du principe d'indépendance met en lumière ses fragilités

Les fragilités du principe d'indépendance peuvent être perçues dans le cadre quotidien du fonctionnement des services publics (A), et dans les conditions du contrôle de son respect : ceci pose la question de l'indépendance des institutions de contrôle (B).

A - Le principe d'indépendance innove le fonctionnement des services publics.

D'une part, le principe d'indépendance s'observe dans les règles qui régissent les services publics en général.

En effet, les lois de Rolland définies dans les années 1930 fixent en particulier le principe de neutralité : le service public ne saurait marquer de préférence envers une conviction politique en particulier (interdiction de l'installation d'un drapeau indépendantiste sur le fronton d'une mairie par exemple) ou envers une religion (CE Arr. 2011, Commune de Montpellier ; CE Arr 2016, Libre pensée sa.). Ce principe de neutralité se décline à propos des fonctionnaires. En effet, ils sont tenus par le statut général, repris par le code général de la fonction publique,

N° 3 0 9 8

de faire preuve de neutralité, c'est-à-dire d'impartialité vis-à-vis de tous les usagers du service public, et en particulier en matière religieuse (CE avis, 2000, Dlle Marteau). C'est pourquoi un officier d'état civil ne peut refuser de célébrer un mariage entre deux personnes de même sexe en invoquant ses convictions religieuses, alors que la loi de 2013 leur confère ce droit (CE, 2015). En ce sens, le principe de neutralité celui de l'égalité de traitement, en atteste les règles qui s'imposent aux jurys des concours de recrutement de la fonction publique (CE 2009, M. El Haddoui) qui sont tenus au principe d'indépendance vis-à-vis de l'administration qui recrute (CE 2016, CAISFP) et d'impartialité vis-à-vis des candidats (CE 2019, Failla). Enfin, le devoir d'obéissance des fonctionnaires s'arrête là où la légalité est méconnue (Cass. Crim, 2004 à propos de l'incendie de pavillons illégalement situés sur le domaine public par des gendarmes sur ordre du préfet) : une certaine indépendance d'esprit impose aux fonctionnaires de faire preuve de discernement.

D'autre part, le principe d'indépendance incise le fonctionnement du service public de la justice administrative, par le truchement de l'impartialité imposée aux magistrats. « la justice est faite pour les justiciables » (Jacques Robert, RFPA, 1997) et ceux-ci ne doivent pas avoir le sentiment que le juge qui traite leur litige est mué par des préjugés. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) distingue à cet égard deux types d'impartialité. La première est subjective et renvoie à l'état d'esprit

du magistrat, qui doit se déporter lorsqu'il estime qu'il est appelé à statuer sur un litige dans lequel il a un intérêt personnel. Ainsi, est entaché d'irrégularité le jugement rendu par une formation de jugement si une magistrat est le fils d'un des membres de l'organe délibérant de la collectivité partie à l'instance (CE 2007, Commune de Sauvignac-sur-orge). Afin que les justiciables puissent exciper d'une telle situation et faire valoir leurs droits, les mécanismes de la récusation et de la requête en surseoir légitime sont prévus pour contraindre le départ du magistrat ou de la juridiction qui ne serait pas impartial(e).

La seconde, objective, se rapporte aux fonctions antérieurement exercées par le magistrat, ou son rôle actuel. Ainsi, si le Conseil d'État juge qu'un magistrat ayant exercé le rôle de juge de référé-suspension dans une affaire, où lors qu'il a respecté le cadre de son office, cela n'est pas le cas du juge de référé-provision qui s'est prononcé sur le caractère non sérieusement contestable de la demande. En outre, cette nécessité que la justice se donne à voir au justiciable a motivé le profond changement du rôle du commissaire du gouvernement, de venue rattachée public par décret de 2009 : après la condamnation de la France par la CEDH (2001, Küss contre France) ce membre de la formation de jugement chargé d'éclairer celle-ci ainsi que le public de l'audience (CEDH 2013, Etienne contre France) ne peut plus assister au délibéré au sein des tribunaux et cours d'appel, et les parties peuvent demander à ce que cela ne soit pas le cas au Conseil d'État (réforme de 2006).

L'ensemble du service public est donc régi par le principe d'indépendance. De respect de celui-ci est assuré par des institutions qui doivent elles-mêmes être indépendantes, pour conserver leur légitimité.

X

B- L'indépendance des institutions de contrôle constitue un enjeu de légitimité

La transparence de la vie publique est un concept relativement récent qui promeut le principe d'indépendance.

La loi de 2013 sur la transparence de la vie publique et la loi de 2016 relatives à la déontologie et dite « Sapin II » visent à renforcer le contrôle et les sanctions des situations de conflit d'intérêts au sein de la vie et de la fonction publiques. Pour ce faire, la loi de 2013 a institué une Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), chargée d'émettre des avis sur les projets de réalisations des agents publics intra et extra-fonction publique, et en outre de contrôler les déclarations de patrimoine des élus. Ses avis peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir au regard de l'impact qu'ils ont sur la situation des personnes qu'ils concernent (CE 10/2019, Mme Le Pen), qui peut en valider la légalité (CE 2023, M. O).

Cette HATVP est une autorité administrative indépendante : ce type d'entité a été mis en place en France sous l'influence du modèle anglo-saxon des agences. Ces autorités sont responsables de la régulation de certains secteurs, en toute indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics. Certaines bénéficient de garanties

d'indépendance réelle : le rôle du Défenseur des droits est consacré par la Constitution de 1958 et certaines autorités disposent de la personnalité morale, telles l'Autorité des marchés financiers (2003) et l'Autorité de la Concurrence (2008). C'est ainsi que le budget de la HATVP est défini en loi de finances, distinctement de celui de l'État.

Toutefois l'indépendance réelle de ces autorités peut être interrogée, en regard au mode de nomination de leurs membres (le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République) et aux profils qui sont ainsi recrutés. Il s'est en effet pas rare que d'anciens membres du gouvernement intègrent ces institutions.

Par ailleurs, la question de l'indépendance réelle des institutions de contrôle se pose également à l'égard des juridictions.

En droit français, la composition du Conseil constitutionnel, qui revêt aujourd'hui un rôle pleinement juridictionnel (en témoigne la possibilité qu'il a eue de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne en 2013), peut faire l'objet de débats : les anciens Présidents de la République en sont membres de droit et les autres membres sont nommés par le Président de la République en fonction, le Président du Sénat et le Président de l'Assemblée nationale. En outre, la nomination ne peut être contrôlée devant les juridictions, ce tout qu'acte de gouvernement (CE 1999, Que Ba), non plus que la décision d'un membre de se déporter ou non (CE 2005, M. Hoffen). Or, il est fréquent que des membres du gouvernement soient nommés à ces fonctions, anciens ou récents.

N°3098

Cette même question se pose au niveau de l'Union européenne. Des récentes affaires de corruption initiée par l'État du Qatar ont conduit la Commission européenne à proposer des mécanismes de contrôle interne aux institutions européennes.

Enfin, le contentieux engagé entre la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (CJUE, 2019, Commission c/ Pologne) et la CEDH illustre l'attachement qui est opéré au niveau européen à propos du principe d'indépendance des juridictions.

Ce contrôle porte notamment sur le mode de recrutement et de mise à la retraite des juges des juridictions supérieures (CJ, 2006, affaires des juges portugais) et vise à garantir que les juridictions qui posent une question préjudicielle à la CJUE en vertu de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'UE soient effectivement des tribunaux impartiaux. Ceci est assuré par les deux Cours européennes au moyen d'un dialogue et d'une interprétation constructive des deux textes (RDLF, 2023, sur "la notion de tribunal garanti par le loi").

Mais ces juridictions n'échappent pas au moyen opposé par la Pologne, qui est d'interroger la réalité de l'indépendance des juges européens.

L'indépendance est ainsi devenue un enjeu majeur du respect de l'État de droit en Europe.

*

*

L'indépendance est une notion ancienne en droit public mais dont le champ d'application a progressivement évolué.

Elle correspondait originellement au mode de fonctionnement des institutions constitutionnelles régies par le principe de séparation des pouvoirs. Elle a intégré le vie public au travers des lois régissant le service public et les devoirs des fonctionnaires.

Elle est aujourd'hui un élément essentiel de l'État de droit, en France et en Europe, et une source de légitimité pour les institutions, en particulier celles qui sont chargées de le faire respecter. Cet aspect peut toutefois révéler les fragilités de ce principe d'indépendance, et raison de la difficulté à le garantir partout.